الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني

تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

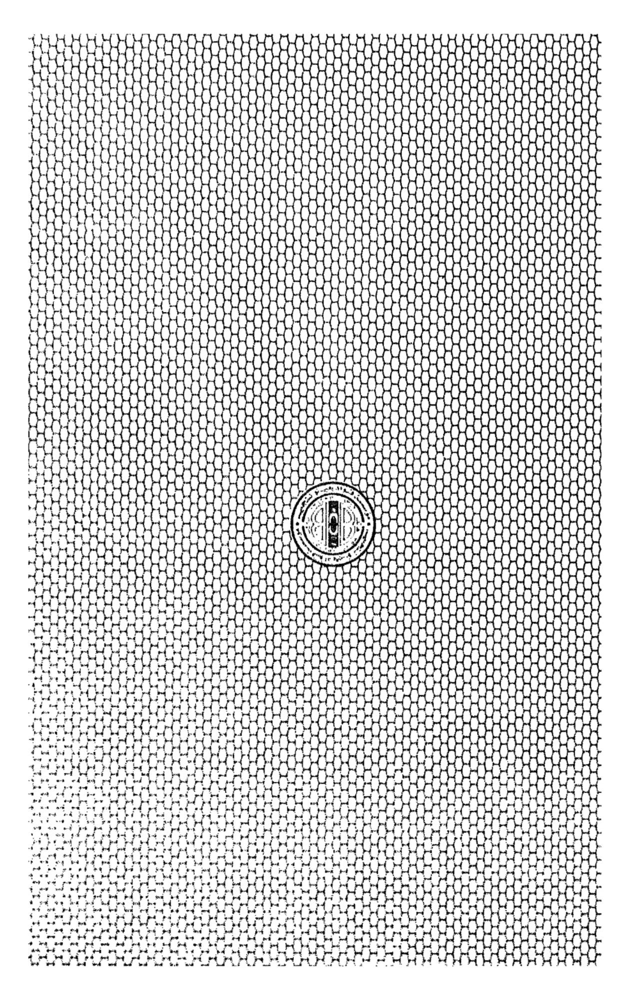
الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل، أستاذ بجامعة الأزهر — الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة، جامعة الأزهر

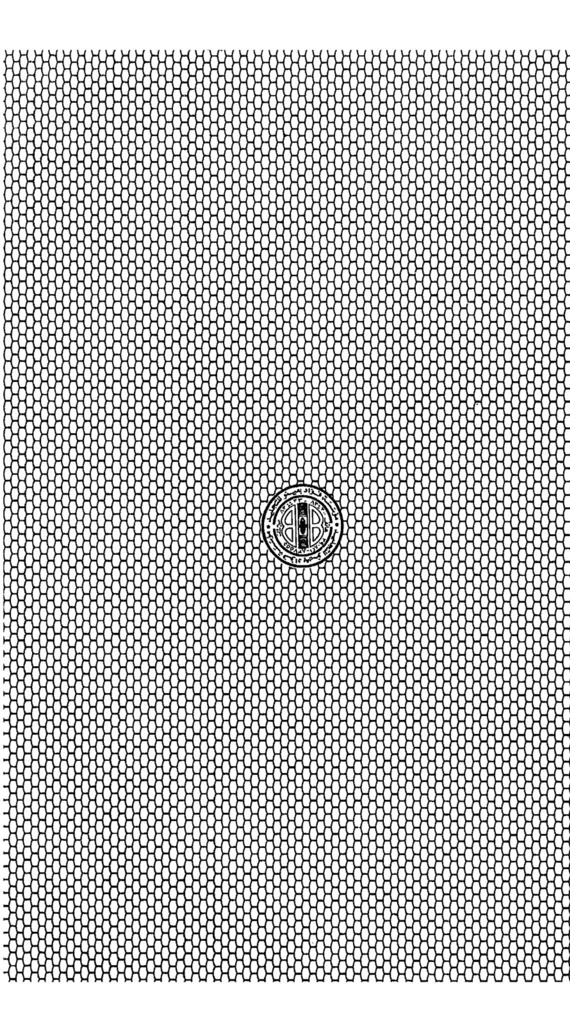
الجزء العاشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان









الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني

تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء العاشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠١ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمٰن الرحيم

كِتَابُ الخُلْع

بَابُ الوَجْهِ الَّذِي تَحِلُّ بِهِ الفِدْيَةُ مِنَ الجَامِعِ مِنَ الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى قَالَ اللَّهُ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ الآيَةَ وَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى صَلَاةِ الصُّبْحِ فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فَقَالَ مَنْ هَذِهِ؟ فَقَالَتْ أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ لَا أَنَا وَلَا ثَابِتٌ لِزَوْجِهَا فَلَمَّا جَاءَ ثَابِتٌ قَالَ لَهُ ﷺ هَذِهِ حَبِيبَةُ تَذْكُرُ مَاشَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ فَقَالَتْ حَبِيبَةُ يَارَسُولَ اللَّهِ كُلُّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «خُذْ مِنْهَا» فَأَخَذَ مِنْهَا وَجَلَسَتْ فِي أَهْلِهَا.

القول في حد الخلع

قال الماوردي: أما الخلع في اللغة: فهو الانتزاع على مهلة ومنه خلع الثوب نزعه والخلع في الشرع: هو افتراق الزوجين على عوض.

وإنما سمي خلعاً؛ لأنها قد كانت بالزوجية لباساً له، كما قال الله تعالى: **﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾** [البقرة: ١٨٧] فإذا افترقا بعوض، فقد خلع لباسها، وخلعت لباسه فسمي خلعاً.

وقيل: فدية؛ لأن المرأة قد فدت نفسها منه بمالها، كفدية الأسير بالمال.

الدليل على جواز الخلع

والأصل في إباحة الخلع قول الله تعالى: **﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾** [البقرة: ٢٢٩] وهذا خطاب للأزواج حذر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم ما آتوهم من الصداق بغير طيب أنفسهم، ثم قال: إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله. والخوف ها هنا بمعنى الظن، وتقديره إلا أن يظنا ألا يقيما حدود الله ومنه قول الشاعر:

أتاني عن نصيب كلام يقول ... وما خفت يا سلام أنك عاتب

وفيما يخافا أن لا يقيماه من حدود الله تأويلان:

أحدهما: هو كراهة كل واحد منهما لصاحبه وهذا قول ابن المسيب.

والثاني: أنه من الزوجة أن لا تطيع له أمراً، ومن الزوج ألا يؤدي لها حقاً.

ثم قال: فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، فيه تأويلان:

أحدهما: فيما افتدت به نفسها من الصداق الذي أعطاها لا غير، وهو قول علي بن أبي طالب عليه السلام.

والثاني: من جميع مالها وهو قول عمر بن الخطاب وابن عباس رضي الله عنهما.

وقال تعالى: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً**﴾ يعني من الصداق ﴿**فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾ فإذا أباح أن يأخذ ما طابت به نفساً من غير طلاق كان بالطلاق أولى.

ويدل عليه من السنة ما رواه الشافعي عن مالك عنه يحيى بن سعيد عن عمرة أن حبيبة بنت سهل أخبرتها أنها كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله ﷺ خرج لصلاة الصبح فوجدها عند بابه بالغلس، فقال: من هذه؟ فقلت: أنا حبيبة بنت سهل. قال: ما شأنك؟.

قلت: لا أنا ولا ثابت لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ هذه حبيبة بنت سهل، تذكر ما شاء الله أن تذكر، فقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ خذ منها، فأخذ منها، وجلست في أهلها. يعني خذ منها وطلقها.

فدل هذا الحديث على أحكام منها: جواز استماع الدعوى على غائب.

ومنها: أن المدعي إذا عرف الدعوى لم يحتج الحاكم أن يعيدها عليه.

ومنها: جواز الخلع وإن كان الزوج قد ضربها، وإذا لم يكن الضرب لأجل الخلع.

ومنها: جواز الخلع في الحيض والطهر لأنه لم يسأل عن حالها.

ومنها: أنه لا رجعة على المختلعة لأمره لها بالجلوس في أهلها.

فدل على ما ذكرناه من الآية والخبر على جواز الخلع وهو قول الجماعة وحكي عن بكر بن عبد الله المزني أن الخلع منسوخ بقوله تعالى: ﴿**وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا**﴾ فدلت هذه الآية على تحريم الخلع ونسخ ما تقدم من إباحته، وهذا خطأ، لأن هذه الآية منعت من أخذ ما لم تطب به نفساً ولم تمنع مما بذلته بطيب نفس واختيار كما قال: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾ وقد روى عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت

معوذ بن عفراء حدثته قالت: كان لي زوج يقل علي الخير إذا حضر، ويحرمني إذا غاب، قالت: وكانت مني زلة يوماً، فقلت: أخلع منك بكل شيء أملكه، قال: نعم، قالت: ففعلت فخاصم عني معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس.

وروى أيوب عن كثير مولى سمرة أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثاً ثم دعاها، فقال كيف وجدت مكانك؟ قالت: ما وجدت راحة مذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني، فقال لزوجها: اختلعها ولو من قرطها.

وهذه قضية إمامين بعد رسول الله ﷺ في الخلع لم يخالفها فيه من الصحابة أحد، فدل على إجماعهم على ثبوت حكمه، ولأنه لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض، جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع، فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ المَانِعَةُ مَا يَجِبُ عَلَيْهَا لَهُ المُفْتَدِيَةُ تَخْرُجُ مِن أَنْ لاَ تُؤَدِّيَ حَقَّهُ أَوْ كَرَاهِيَة لَهُ فَتَحِلُّ الفِدْيَةُ لِلْزَّوْجِ وَهَذِهِ مُخَالَفَةٌ لِلْحَالِ الَّتِي تَشْتَبِهُ فِيهَا حَالُ الزَّوْجَيْنِ خَوْفَ الشِّقَاقِ».

قال الماوردي: وجملة الخلع أنه على ضربين:

أحدهما: أن يكون عن سبب يدعو إليه.

والثاني: أن يكون عن غير سبب.

فإن كان عن سبب يدعو إليه فهو على أربعة أقسام مباح ومكروه وفاسد ومختلف فيه.

فأما القسم الأول: وهو المباح فيكون من أحد الزوجين: أما لكراهة وإما لعجز.

فأما الكراهة فهو أن تكره منه إما سوء خلقه، وإما سوء فعله وإما قلة دينه وإما قبح منظره وهو مقيم بحقها، فترى لكراهتها له بأحد هذه الوجوه أن تفتدي منه نفسها فتخالعه فيكون ذلك مباحاً. وأما العجز فيكون تارة لعجزه عن الاستمتاع أو المال، وأما العجز عن كثرة الاستمتاع فتخالعه لأجل العجز فيكون الخلع مباحاً.

وأما القسم الثاني: وهو المكروه فيكون من أحد وجهين: تارة من جهتها وتارة من جهته، فأما الذي من جهتها فهو أن تميل إلى غيره وترغب في نكاحه فتخالع هذا لتنكح من مالت إليه ورغبت فيه فهذا خلع مكروه لما رواه ثابت بن يزيد عن عقبة بن عامر قال:

قال رسول الله ﷺ «المختلعات المنتزعات هن المنافقات» يعني التي تخالع الزوج لميلها إلى غيره، إلا أن الخلع جائز؛ لأن هذا يفضي إلى التباغض والكراهة، فيكون الخلع جائزاً وهو مكروه من جهتها لا من جهته.

وأما الذي من جهته فهو أن تكون المرأة ذات مال فيضيق الزوج عليها مع قيامه بالواجب لها طمعاً في مالها أن تخالعه على شيء منه فهذا مكروه من جهته لا من جهتها وهو جائز لأن له سبباً يفضي إلى التباغض والكراهة.

وأما القسم الثالث: وهو الفاسد فيكون من وجهين:

أحدهما: أن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه فيكون الخلع باطلاً لأنه عقد معاوضة عن إكراه فكان كسائر عقود المكروه.

والثاني: أن يمنعها ما تستحقه عليه من النفقة والسكنى والقسم لتخالعه فيكون الخلع مع ذلك باطلاً لأنه يمنع الحق قد صار مكرهاً.

وأما القسم الرابع: وهو المختلف فيه فهو أن تزني يالزوجة فيعضلها، لتفتدي نفسها منه فالعضل على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يمنعها النفقة والكسوة الواجبة لها فهذا العضل محظور والخلع معه باطل.

والثاني: أن يقوم بجميع حقوقها ويعضلها بالتضييق عليها حذاراً من الزنا فهذا مباح، والخلع معه جائز.

والثالث: أن يقم بنفقتهاويعضلها في القسم لها فلا يقسم لها لتفتدي منه نفسها ففي جواز الخلع قولان:

أحدهما: يجوز لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩] يعني الزنا فمنعه الله تعالى من العضل لأجل الفدية إلا مع الزنا فكان الظاهر يقتضي جوازه بالعضل مع وجود الزنا ولأنه يمنعها من القسم مع وجود الزنا منها ليحفظ فراشه عن ماء غيره.

والقول الثاني: أن هذا العضل حرام، وهي على حقها من القسم وامتناعه من القسم لها لا يمنع من لحوق ولدها به، لوجوده على فراشه، وأنه قد يقدر بالطلاق على الفراق، ولأنه لو جاز بهذا المعنى أن يسقط حقها من القسم حتى تخالعه لجاز لأجله إسقاط حقها من النفقة لتخالعه.

فأما الآية ففيها جوابان:

أحدهما: أنها منسوخة حين نسخ حبس الزانية في قوله تعالى: ﴿**فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً**﴾ [النساء: ١٥].

قال الشافعي: وما أشبه ما قيل بما قيل.

والثاني: أن الفاحشة المبينة هي النشوز في هذا الموضع، قاله ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما ويجوز له مع النشوز أن يعضلها ويخالعها.

فصل: وأما الخلع بغير سبب وهو أن لا يكون من أحد الزوجين تقصير في حق صاحبه ولا كراهة له فيجوز خلعهما ولا يكره لهما وهو قول الأكثرين.

وحكي عن الزهري وعطاء والنخعي أن الخلع فاسد وبه قال داود لقول الله تعالى: ﴿**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ فدلت هذه الآية على فساد هذا الخلع من وجهين:

أحدهما: تحريم الخلع إلا مع الخوف، والثاني لحوق الجناح مع ارتفاع الخوف.

والدليل على جوازه قول الله تعالى: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾ [النساء: ٤] فإذا حل له أن يمتلك ما طاب به نفسها من غير أن يملكها به بضعها فأولى أن يحل له إذا ملكها به بضعها، ولأن كل عقد صح مع الكراهة فأولى أن يصح مع الرضى، وكسائر العقود من البيوع وغيرها.

فأما استدلالهم بالآية فقد قرأ حمزة: «إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله».

بضم الياء، ويكون معناه إلا أن يخاف الحاكم إن لا يقيما الزوجان حدود الله تعالى هذه القراءة تسقط أن يكون خوف الزوجين شرطاً في جواز الخلع وقرأ جماعة القراء إلا أن يخافا بفتح الياء إشارة إلى الزوجين فعلى هذا يكون ذلك معدولاً به عن الشرط الظاهر إلى أحد أمرين: إما لورودها على سبب من الخوف، وإن كان حكمها عاماً، وإما على الأغلب من الخلع فإنه لا يكون إلا عن خوف، وإن جاز في حال نادرة ليس معها خوف، وإن كانت هذه النادرة لا بد أن يقترن بها خوف، وإن قل، لأن المرأة لا تبذل مالها لافتداء نفسها وهي راغبة، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ خَرَجَ فِي بَعْضِ مَا تَمْنَعُهُ مِنَ الحَقِّ إِلَى أَذَبِهَا بِالضَّرْبِ أَجَزْتُ ذَلِكَ لَهُ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ أَذِنَ لِثَابِتٍ بِأَخْذِ الفِدْيَةِ مِنْ حَبِيبَةَ وَقَدْ نَالَهَا بِضَرْبٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأنه إذا ضربها على نشوز أو تأديب فخالعته بعد الضرب إما لأجل ما تقدم من الضرب أو لغيره من الأسباب فالخلع جائز لأنه وقع عن رضا وخلا من إكراه فأما إن كان الضرب لأجل الخلع فهو باطل لأنه معقود على إكراه فافترقا ولذلك أجاز النبي ﷺ خلع ثابت لزوجته حبيبة مع ضربه لها لأن الضرب لم يكن على الخلع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَمْ يَقُلْ لاَ يَأْخُذُ مِنْهَا إِلاَّ فِي قُبُلِ عِدَّتِهَا كَمَا أَمَرَ الْمُطَلِّقُ غَيْرَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، المختلعة لا سنة في طلاقها ولا بدعة بخلاف المطلقة بغير خلع، حيث كان في طلاقها سنة وبدعة، فيجوز أن يخالعها في الطهر والحيض جميعاً، وهما سواء في وقوع الخلع فيهما، ولو كانت غير مختلعة لكان طلاقها في الطهر سنة وفي الحيض بدعة، وإنما كان كذلك ظاهر ومعنى، أما الظاهر فهو أن النبي ﷺ حين خالع حبيبة وزوجها ثابت، لم يسألها عن حال طهرها وحيضها وأنكر على ابن عمر الطلاق في الحيض، ولو كان الخلع فيه منكراً لأبانه ومنع منه وأما المعنى فهو أن الأغلب من خلع الزوجين أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلو منعا منه إلى وقت الطهر لوقعا فيه، وأثما به، وخالف ذلك حال المطلق بغير خوف، ولأن المطلقة منع زوجها من طلاقها في الحيض لئلا تطول عليها العدة، والمختلعة وقع طلاقها باختيارها، فصارت مختارة لطول العدة، فلم يمنع الزوج من خلعها فافترقا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ الْخُلْعَ لَيْسَ بِطَلاَقٍ وَعَنْ عُثْمَانَ قَالَ هِيَ تَطْلِيقَةٌ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ سَمَّيْتَ شَيْئاً (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَطَعَ فِي بَابِ الْكَلاَمِ الَّذِي يَقَعُ بِهِ الطَّلاَقُ أَنَّ الْخُلْعَ سَمَّيْتَ فَلاَ يَقَعُ إِلاَّ بِمَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاَقُ أَوْ مَا يُشْبِهُهُ مِنْ إِرَادَةِ الطَّلاَقِ فَإِنْ سَمَّى عَدَداً أَوْ نَوَى عَدَداً فَهُوَ مَا نَوَى».

قال الماوردي: إذا تخالع الزوجان لم يخل عقد الخلع بينهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعقداه بصريح الطلاق كقوله: قد طلقتك بألف، أو فارقتك بألف أو سرحتك بألف، فهذا صريح بغير عوض، فكان صريحاً في الطلاق مع العوض ولا يكون فسخاً.

والقسم الثاني: أن يعقداه بكنايات الطلاق، كقوله: أنت بائن بألف، أو أنت خلية، أو برية بألف فهذا كناية بغير عوض، وكناية مع العوض في الطلاق دون الفسخ،

فإن أراد به الطلاق وقع واستحق به العوض، وإن لم يرد الطلاق لم يقع ولا يستحق به العوض.

والقسم الثالث: أن يعقداه بلفظ الخلع والمفاداة كقوله قد خالعتك بألف، أو فاديتك بألف، فهاتان اللفظتان كناية في الطلاق إذا تجردت عن عوض فتجري مجرى سائر كنايات الطلاق فأما مع العوض ففيهما قولان:

أحدهما: نص عليه في كتاب الأم أنه كناية في الطلاق، لأنه لما كان كناية فيه بغير عوض كان كناية فيه مع العوض كسائر كناياته.

والقول الثاني: وهو أصح القولين والمنصوص عليه في سائر كتبه أنه صريح لأمرين:

أحدهما: أن كتاب الله تعالى قد جاء به كما جاء بصريح الطلاق، فاقتضى أن يكون بالنص صريحاً يخرج عن حكم الكنايات.

والثاني: أن اقتران العوض به قد نفى عنه احتمال الكنايات، فصار بانتفاء الاحتمال عنه صريحاً، فعلى هذا إذا كان صريحاً فهل يكون طلاقاً أو فسخاً؟ فيه قولان:

أحدهما: قاله في «الأم» و«الإملاء» «وأحكام القرآن» أنه صريح في الطلاق.

وبه قال من الصحابة عثمان، وعلي، وابن مسعود، ومن الفقهاء: الأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، ومالك وهو اختيار المزني.

ودليله قوله تعالى: ﴿**الطلاق مرتان**﴾ [البقرة٢٢٩] إلى قوله: ﴿**فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال بعده: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره**﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فلما ذكر الخلع بين طلاقين علم أنه ملحق بهما، ولأنه لفظ لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقاً كالطلاق، ولأن الفسخ ما كان عن سبب متقدم كالعيوب والخلع يكون مبتدأ من غير سبب فكان طلاقاً لأنه يكون من غير سبب أولى من أن يكون فسخاً لا يكون إلا عن سبب، ولأن الفسخ يوجب استرجاع البدل كالفسخ في البيع، فلو كان الخلع فسخاً لما جاز إلا بالصداق، وفي جوازه بالصداق وغيره دليل خروجه عن الفسخ ودخوله في الطلاق.

والقول الثاني: قاله في القديم أنه صريح في الفسخ وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر.

ومن التابعين عكرمة وطاوس ومن الفقهاء أحمد وإسحاق وأبو ثور.

ودليله قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ إلى قوله: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة٢٢٩] ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة٢٣٠].

ووجه الدليل من ذلك أنه لو كان الخلع طلاقاً لصار مع الطلقتين المتقدمتين ثلاثاً، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولما قال بعده: فإن طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره لأنه قد طلقها الثالثة، وصار التحريم متعلقاً بأربع لا بثلاث.

ولأن الفرقة في النكاح تكون بطلاق وفسخ، فلما كانت الفرقة بالطلاق تتنوع نوعين بعوض وغير عوض وجب أن تكون الفرقة بالفسخ تتنوع نوعين بعوض وغير عوض، ولأن النكاح عقد معاوضة، فإذا لحقه الفسخ إجباراً جاز أن يلحقه الفسخ اختياراً كالبيع.

والفرق بين الفسخ والطلاق، أنه لو نكحها بعد الفسخ كانت معه على ثلاثة ولو نكحها بعد الطلاق كانت معه على اثنين، ولو كان قد طلقها طلقتين ثم فسخ حلت له قبل زوج ولو طلق لم تحل له إلا بعد زوج، ولو فسخ نكاحها في ثلاثة عقود حلت به قبل زوج ولو طلقها في ثلاثة عقود لم تحل له إلا بعد زوج فهذا أصح ما عندنا من ترتيب المذهب في حكم الخلع، ومن أصحابنا من رتبه غير هذا الترتيب فجعل في لفظ الخلع قولين:

أحدهما: أنه فسخ والثاني أنه طلاق، وهل يكون طلاقاً صريحاً أو كناية؟ على قولين: ومن أصحابنا من خرجه على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه فسخ والثاني طلاق صريح والثالث كناية في الطلاق.

مسألة: **(قَالَ المُزَنِيُّ)** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا كَانَ الفِرَاقُ عَنْ تَرَاضٍ وَلَا يَكُونُ إِلَّا بِالزَّوْجِ وَالعَقْد صَحِيحٌ لَيْسَ فِي أَصْلِهِ عِلَّةٌ فَالقِيَاسُ عِنْدِي أَنَّهُ طَلَاقٌ وَمِمَّا يُؤَكِّدُ ذَلِكَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ».

قال الماوردي: وهذا الفصل أورده المزني مريداً به أمرين:

أحدهما: أن الخلع طلاق وقد مضى الكلام فيه.

والثاني: أن الخلع يصح عند سلطان وغير سلطان إذا تراضيا به الزوجان. وقد نص الشافعي على ذلك في كتاب الأم وليس حضور السلطان ولا إذنه شرطاً فيه وهو قول

جمهور الفقهاء. وحكي عن الحسن البصري ومحمد بن سيرين أن الخلع لا يصح إلا بسلطان احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وأول الكلام خطاب للحكام وهو قوله: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله﴾ وآخره خطاب للأزواج، وهو قوله: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ فدل على أن حضور الحاكم اشرط فيه كما أن حضور الأزواج شرط فيه، ولأن النبي ﷺ تولى الخلع بين حبيبة وثابت ولو جاز لهما التفرد بذلك لوكله إليهما ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ فكان على عمومه وروى عبد الله بن شهاب أن امرأة خالعت زوجها بألف درهم فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجازه، وخالعت الربيع بنت معوذا بن عفراء زوجها بجميع ملكها فأجازه عثمان وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس ولأنه عقد معاوضة فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالبيع والنكاح، ولأنه تملك البضع بالنكاح لا يفتقر إلى حكم حاكم، فكذلك تمليكه بالخلع أولى أن لا يفتقر إلى حكم حاكم لأن شروط النكاح أغلظ من شروط الخلع.

فأما قوله: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله﴾ فهو خطاب للأزواج لأنه معطوف به على قوله: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً﴾ وهذا خطاب للأزواج، وكذلك المعطوف عليه فلم يكن في الآية دليل.

وأما خلع النبي ﷺ بين حبيبة وزوجها فلأنهما تخاصما إليه قبل الخلع، فصار الخلع تبعاً للتخاصم، ولأن بيان حكم الخلع شرعاً مأخوذ عنه، فجاز أن يتولاه وليس كذلك غيره من حكام أمته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قِيلَ فَإِذَا كَانَ طَلَاقاً فَاجْعَلْ لَهُ الرَّجْعَةَ قِيلَ لَهُ لَمَّا أَخَذَ مِنَ المُطَلَّقَةِ عِوَضاً وَكَانَ مَنْ مَلَكَ عِوَضَ شَيءٍ خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَجْعَةٌ فِيمَا مَلَكَ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ المُخْتَلِعَة».

قال الماوردي: وهذا صحيح فرقة الخلع لا يملك فيها الرجعة وإن كانت المختلعة في العدة سواء خالعها بلفظ الخلع أو لفظ الطلاق، وسواء قيل إن الخلع فسخ أو طلاق وهو قول جمهور الفقهاء، وحكي عن سعيد بن المسيب والزهري أن الخلع يقطع الرجعة غير أن الزوج بالخيار بين أن يتمسك بالمال فتسقط الرجعة وبين أن يرد المال فتثبت له الرجعة، وقال أبو ثور: إن خالعها بلفظ الطلاق فله الرجعة، وإن خالعها بلفظ الخلع فليس له الرجعة لأن الخلع عنده فسخ استدلالاً بأن العتق يوجب الولاء، كما أن الطلاق

يوجب الرجعة، ثم ثبت أن دخول العوض في العتق لا يمنع من ثبوت الولاء كذلك ثبوت العوض في الطلاق لا يمنع من ثبوت الرجعة.

ودليلنا قول الله تعالى: **﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** والافتداء هو الخلاص والاستنقاذ، مأخوذ من افتداء الأسير وهو خلاصه واستنقاذه، فلو ثبتت الرجعة فيه لما حصل به الخلاص والاستنقاذ، فدل على أن الافتداء يمنع من ثبوت الرجعة، ولأن الزوجة ملكت بضعها بالخلع كما ملك الزوج بضعها بالنكاح، فلما كان الزوج قد ملك بالنكاح بضعها ملكاً تاماً لا سلطان فيه للزوجة وجب أن تملك الزوجة بضعها بالخلع ملكاً تاماً لا سلطان فيه للزوج ولأن الزوج قد ملك عوض الخلع في مقابلة ملك الزوجة للبضع فلما استقر ملك الزوج للعوض حتى لم يبق للزوجة فيه حق وجب أن يستقر ملك الزوجة للبضع وأن لا يبقى للزوج فيه حق.

فأما الجواب عن الاستدلال بالعتق فمن وجهين:

أحدهما: أن العتق لا ينفك من ثبوت الولاء فلذلك استوى حاله مع وجود العوض وعدمه، وليس كذلك الطلاق لأنه قد ينفك من ثبوت الرجعة.

فلذلك اختلف حاله في وجود العوض وعدمه.

والثاني: أنه ليس في ثبوت الولاء ما يمنع من مقصود العتق في زوال الرق وجواز التصرف، فثبت الولاء مع العوض، كما يثبت مع عدمه، وثبوت الرجعة تمنع من مقصود الخلع في اسقاط حق الزوجة وإزالة ضرره فلذلك لم تثبت الرجعة فيه.

وجواب ثالث وهو أن ثبوت الولاء لا تقتضي عود العبد إلى ملك السيد، والرجعة تقتضي عود الزوجة إلى نكاح الزوج فافترقا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا حَلَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْساً عَلَى غَيْرِ فِرَاقٍ حَلَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْساً وَيَأْخُذ مَا الفِراق بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال الخلع يجوز بما اتفق الزوجان عليه من العوض قليلاً كان أو كثيراً سواء كان بمثل المهر أو أقل أو أكثر وسواء كان من جنسه أو غير جنسه، وبه قال من الصحابة عمر وابن عباس، ومن التابعين مجاهد وعكرمة ومن الفقهاء مالك وأبو حنيفة وقال قوم: لا يجوز الخلع إلا بالمهر من غير زيادة عليه، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب عليه السلام ومن التابعين الحسن وابن المسيب والشعبي وعطاء والزهري.

ومن الفقهاء أحمد وإسحاق، واستدلالاً بقول الله تعالى: ﴿**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله**﴾ [البقرة: ٢٢٩] فكان ذلك عائداً إلى ما أعطي من المهر دون غيره، وبما رواه عكرمة عن ابن عباس أن خولة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني لا أعيب على ثابت خلقاً ولا ديناً ولكني لا استطيقه وأكره الكفر في الإسلام، فقال لها النبي ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال لثابت: خذها ولا تزدد فمنعه من الزيادة فدل على حظرها.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ [البقرة: ٢٢٩] فاقتضى رفع الجناح عن جميع ما افتدت به من قليل وكثير، ولأن الربيع بنت معوذ بن عفراء خالعت زوجها بجميع ملكها فأمضاه عثمان وجعل له ما دون عقاص الرأس، ولأن ما استعيد من الابدال بعقود المعاوضات لم تتقدر كالأثمان، ولأنه لما لمْ يتقدر ما يمتلكه من مالها هبة فأولى أن لا يتقدر ما يمتلكه من مالها خلعاً.

فأما الآية فأولها تتضمن النهي عن أخذ ما أعطي، وآخرها يتضمن إباحة أخذ الفداء، فلم يخص خصوص أولها في النهي بعموم آخرها في الإباحة لأن النهي ضد الإباحة فلم يجز أن يخص أحدهما بالآخر.

وأما الجواب عن خلع النبي ﷺ بين خولة وزوجها بالمهر الذي أعطاها فهو دليل على جوازه بالمهر ولا يمنع من الزيادة عليه كما لا يمنع من النقصان منه، لأن الزوج لم يطلب زيادة كما لم تطلب الزوجة نقصاناً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** فِي كِتَابِ الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَلَوْ خَلَعَهَا تَطْلِيقَةً بِدِينَارٍ عَلَى أَنَّ لَهُ الرَّجْعَةَ فَالطَّلاَقُ لاَزِمٌ لَهُ وَلَهُ الرَّجْعَةُ وَالدِّينَارُ مَرْدُودٌ وَلاَ يَمْلِكُهُ وَالرَّجْعَةُ مَعاً وَلاَ أُجِيزَ عَلَيْهِ مِنَ الطَّلاَقِ إِلاَّ مَا أَوْقَعَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا قِيَاسَ أَصْلِهِ لأَنَّهُ يَجْعَلُ النِّكَاحَ وَالخُلْعَ بِالبَدَلِ المَجْهُولِ وَالشَّرْطِ الفَاسِدِ سَوَاءً وَيَجْعَلَ لَهَا فِي النِّكَاحِ مَهْرَ مِثْلِهَا وَلَهُ عَلَيْهَا فِي الخُلْعِ مَهْرَ مِثْلِهَا وَمِنْ قَوْلِهِ لَوْ خلَعَهَا بِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهَا مَتَى طَلَبَتْهَا فَهِيَ لَهَا وَلَهُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا أَنَّ الخُلْعَ ثَابِتٌ وَالشَّرْطُ وَالمَالُ بَاطِل وَعَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَمِنْ قَوْلِهِ لَوْ خَلَعَ مَحْجُوراً عَلَيْهَا بِمَالٍ إِنَّ المَالَ يَبْطُلُ وَلَهُ الرَّجْعَةُ وَإِنْ أَرَادَ يَكُونُ بَائِناً كَمَا لَوْ طَلَّقهـا تَطْلِيقَةً بَائِناً لَمْ تَكُنْ بَائِناً وَكَانَ لَهُ الرَّجْعَةُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَكَذَلِكَ إِذا طَلَّقَهَا بِدِينَارٍ عَلَى أَنَّ لَهُ الرَّجْعَةَ لاَ يُبْطِلُهُ الشَّرْطُ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن الخلع ما استحق فيه العوض، وسقطت فيه الرجعة وأن الخلع يتم بالعوض الصحيح والفاسد والمعلوم والمجهول لكن إن كان العوض صحيحاً كان المسمى في العقد هو المستحق وإن كان فاسداً فالمستحق فيه مهر المثل فامتنع بما ذكرنا أن يجتمع في الفرقة بالخلع استحقاق العوض وثبوت الرجعة، فإن استحق العوض سقطت الرجعة وإن استحقت الرجعة سقط العوض.

فإذا ثبت هذا فصورة هذه المسألة في رجل خالع امرأته على طلقة بدينار على أن له الرجعة فشرط لنفسه الدينار والرجعة واجتماعهما متنافيان وإذا كان هكذا فلا بد من اثبات أحدهما وإسقاط الأخرى فالذي نص عليه الشافعي ثبوت الرجعة وسقوط الدينار فيقع الطلاق رجعياً ولا شيء له.

وقال المزني يقع الطلاق بائناً لا رجعة فيه، ويكون للزوج مهر المثل، فاختار ذلك مذهباً لنفسه، وذكر أنه قياس قول الشافعي. ونقل الربيع هذه المسألة ونقل جوابها، كما نقله المزني أن الطلاق يقع رجعياً ولا شيء للزوج، ثم قال: وفيه قول آخر أن الطلاق يقع بائناً ويكون للزوج مهر المثل فحكى قولاً ثانياً كالذي اختاره المزني.

فاختلف أصحابنا في تخريجه قولاً للشافعي فقال بعضهم: هو قول ثان للشافعي لأن الربيع ثقة فيما يرويه، وقال الأكثرون: ليس بقول للشافعي وإنما خرجه الربيع احتمالاً، ولم يحكيه نقلاً، فليس للشافعي إلا القول الذي نقله المزني عنه، ووافقه الربيع عليه أن الطلاق يقع رجعياً ولا شيء للزوج، والدينار مردود على الزوجة.

فأما المزني فإنه استدل لصحة ما ذهب إليه من وقوع الطلاق بائناً واستحقاق مهر المثل بأربعة أشياء:

أحدها: أن الخلع في مقابلة النكاح، لأن النكاح عقد والخلع حل ثم ثبت أن الشرط الفاسد في النكاح يوجب ثبوت النكاح وسقوط الشرط ووجوب مهر المثل، وجب أن يكون الشرط الفاسد في الخلع موجباً لثبوت الخلع وسقوط الشرط واستحقاق مهر المثل.

والثاني: أن ما أثبت الرجعة من الطلاق لو شرط سقوطها فيه لم يسقط، وجب أن يكون ما انتفت عنه الرجعة من الطلاق إذا شرط ثبوتها فيها لم تثبت.

والثالث: أن الشافعي قد قال نصاً في الإملاء: لو خالعها على طلقة بمائة على أنها متى شاءت أخذت المائة وراجعها وقع الطلاق بائناً لا رجعة فيه، وكان له مهر المثل كذلك في مسألتنا لاتفاقهما في الشرط.

والرابع: إن قال الاعتبار في الخلع بالرشد لإن المحجور عليها لا يصح خلعها في الأحوال فاقتضى أن يكون خلع من لا حجر عليها صحيحاً في الأحوال.

والدليل على ثبوت الرجعة وسقوط العوض أربعة أشياء:

أحدها: أنه لما تنافى ثبوت الرجعة واستحقاق العوض ولم يكن بد من ثبوت أحدهما وإسقاط الآخر كان ثبوت الرجعة وسقوط العوض أولى من ثبوت العوض وسقوط الرجعة لأن الرجعة تثبت بغير شرط والعوض لا يثبت إلا بشرط وما ثبت بغير شرط أقوى مما لا يثبت إلا بشرط.

والثاني: أن في إثبات الرجعة وإسقاط العوض تصحيحاً لأحد الشرطين وإبطالاً للآخر وفيما قال المزني إبطالاً للشرطين من الرجعة والعوض المسمى وإثبات لثالث لم يتضمنه الشرط وهو مهر المثل فكان ما أثبت أحد الشرطين أولى ما تفاهما وأثبت غيرهما.

والثالث: أنه لما تعارض الشرطان وتنافا اجتماعهما ولم يكن إثبات أحدهما أولى من الآخر وجب اسقاطهما واعتبار طلاق لا شرط فيه وذلك موجب الرجعة فلذلك ثبتت الرجعة.

والرابع: أن الاعتياض على زوال الملك يكون مقصوراً على ما قصد زواله من الملك اعتباراً بالبيع والاجارة لا يدخل فيهما إلا المسمى والزوج لم يزل ملكه عن البضع إلا مع استيفاء الرجعة فلم يجز أن يزول ملكه عن الرجعة فأما استدلال المزني الأول بالنكاح فهو دليلنا، لأن فساد الشرط في النكاح إذا عاد إلى العوض لم يفسد النكاح، كذلك الخلع إذا عاد فساد الشرط إلى العوض لم يفسد الخلع، وفساد الشرط في النكاح إذا عاد إلى البضع كالشعار والخيار أوجب فساد النكاح، كذلك في الخلع إذا عاد فساد الشرط فيه إلى البضع أوجب فساد الخلع.

وأما الاستدلال الثاني بأن ما ثبت فيه الرجعة لم يسقط بالشرط كذلك، فأسقطت فيه الرجعة لم تثبت بالشرط فهو الزام العكس، وهذا لا يلزم ثم المعنى في الموضعين بقاء الرجعة بعد النكاح.

وأما الاستدلال الثالث بمسألة الإملاء، فقد كان بعض أصحابنا ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجها على قولين، وفرق سائرهم بين المسألتين بأنه في مسألة الكتاب لم يملكها نفسها لاشتراط الرجعة في الحال، فلذلك ثبت حكمها، وبطل العوض.

وفي مسألة الإملاء قد ملكها نفسها بسقوط الرجعة، وإنما شرط حدوث خيار لها في ثبوت الرجعة فلذلك ثبت حكم العوض وبطلت الرجعة.

وأما الاستدلال الرابع بالمحجور عليها فهو أو هي استدلال ذكره وليس إذا فسد عقد المحجور عليه في الأحوال ما أوجب أن لا يصح عقد غير المحجور عليه في الأحوال كالبيوع وسائر العقود والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ يَلْحَقُ المُخْتَلِعَة طَلاَقٌ وَإِنْ كَانَت فِي العِدَّةِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاس وَابْنِ الزُّبَيْرِ وَقَالَ بَعْضُ النَّاس يَلْحَقُهَا الطَّلاَقُ فِي العِدَّةِ وَاحْتَجَّ بِبَعْضِ التَّابِعِينَ وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ عَلَيْهِ مِنَ القُرْآنِ وَالإِجْمَاعِ بِمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الطَّلاَقَ لاَ يَلْحَقُهَا بِمَا ذَكَرَ الله بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مِنَ اللِّعَانِ وَالظِّهَارِ وَالإِيلاَءِ وَالمِيرَاثِ وَالعِدَّةِ بِوَفَاةِ الزَّوْجِ فَدَلَّتْ خَمْسُ آيَاتٍ مِنْ كِتَابِ الله تَعَالَى عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ وَإِنَّمَا جَعَلَ الله الطَّلاَقَ يَقَعُ عَلَى الزَّوْجَةِ فَخَالَفَ القُرْآنَ وَالأَثَرَ وَالقِيَاسَ ثُمَّ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ مُتَنَاقِضٌ فَزَعَمَ إِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ بَتَّةٌ يَنْوِي الطَّلاَقَ أَنَّهُ لاَ يَلْحَقُهَا طَلاَقٌ فَإِنْ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ لاَ يَنْوِيهَا وَلاَ غَيْرَهَا طُلِّقَ نِسَاؤُهُ دُونَهَا وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ طُلِّقَتْ فَكَيْفَ يُطَلِّقُ غَيْرَ امْرَأَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا خالع زوجته على طلقة أو طلقتين وبقيت على واحدة أو اثنتين ثم طلقها في العدة لم يقع طلاقه سواء طلقها بصريح الطلاق أو بكنايته وسواء عجل ذلك في العدة أو بعد العدة.

وبه قال من الصحابة: ابن عباس وابن الزبير.

ومن التابعين: عروة بن الزبير.

ومن الفقهاء: أحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: إن طلقها في العدة بصريح الطلاق وقع طلاقه وإن طلقها بكناية الطلاق كقوله: أنت بائن أو حرام أو على صفة كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها، أو قال: كل نسائي طوالق، لم تطلق في هذه الأحوال الثلاث.

وقال مالك: إن طلقها عقيب خلعه حتى اتصل طلاقه بخلعه طلقت وإن انفصل عن خلعه لم تطلق.

وقال الحسن البصري: إن طلقها في مجلس خلعه طلقت وإن طلقها في غيره لم تطلق واستدل من نص قول أبي حنيفة بقول الله تعالى: ﴿**الطلاق مرتان فإمساك**﴾ إلى

قوله: ﴿فإن طلقها فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ يريد الخلع ثم قال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً فدل على أن الطلاق بعد الخلع واقع.

وقال الحسن البصري: إن طلقها في مجلس خلعه طلقت، وإن طلقها في غيره لم تطلق. واستدل من نص قول أبي حنيفة بقول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمساك﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] يريد الخلع، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْد حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فدل على أن الطلاق بعد الخلع واقع.

وروى أبو يوسف في أماليه عن النبي ﷺ أنه قال: المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة، ولأنها معتدة من طلاق فوجب أن يلحقها ما بقي من عدد الطلاق كالرجعية، ولأن الطلاق كالعتق لسراينهما، وجواز أخد العوض عليهما، والخلع كالكتابة لثبوت العوض فيهما، ثم ثبت أن المكاتب إذا أعتق صح عتقه لبقايا أحكام الملك، وجب إذا طلقت المختلعة أن يصح طلاقها لبقايا أحكام النكاح.

ولأن المختلعة كالمتظاهر منها لتحريمها، وبقايا أحكام نكاحها، فلما صح طلاق المتظاهر منها وجب أن يصح طلاق المختلعة، ودليلنا قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فجعل التسريح لمن له الإمساك، فلما لم يكن لزوج المختلعة إمساكها، لم يكن به تسريحها وطلاقها ولأنه إجماع الصحابة لأنه مروي عن عبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وليس لهما مخالف، ولأن الطلاق إذا لم يرفع نكاحاً ولم يسقط رجعة كان مطرحاً كالمطلقة بعد العدة، ولأنها امرأة لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية.

فإن قيل: الأجنبية ليس بينها وبينه شيء من أحكام النكاح، فلم يلحقها الطلاق، والمختلعة يجري عليها من أحكام النكاح وجوب العدة واستحقاق السكنى ولحوق النسب فجاز أن يلحقها الطلاق.

فالجواب عنه: أن وجوب العدة ولحوق النسب من أحكام الوطء دون النكاح.

ألا ترى لو طلقها قبل الدخول لم تعتد، ولو طلقها عقب نكاحه فقال: قد قبلت نكاحها هي طالق لم يلحق به الولد، ولو وطئها بشبهة من غير نكاح وجبت عليها العدة ولحق به الولد، فدل على أن العدة ولحوق النسب من أحكام الوطء دون النكاح، وليس كذلك الطلاق، لأنه من أحكام النكاح دون الوطء.

وأما السكنى فسكنى المعتدة مستحق بالطلاق دون النكاح، لأن سكنى النكاح مخالف لسكنى الطلاق من وجهين:

أحدهما: أن سكنى النكاح يسقط باتفاقهما على تركه، وسكنى الطلاق لا يسقط وإن اتفق على تركه.

والثاني: أن سكنى النكاح يكون حيث شاء الزوج، وسكن الطلاق مستحق في المنزل الذي طلقت فيه فافترقا.

وإذا كان كذلك ثبت أن المختلعة لم يبق عليها من أحكام النكاح شيء وكذلك الطلاق، ولو كان وجوب العدة موجباً لبقاء النكاح ووقوع الطلاق، لوقع الطلاق عليها إذا اعتدت من وطء شبهة أو من الطلاق الثلاث، ولك أن تحرر هذا الانفصال قياساً ثانياً فتقول: كل تصرف استفاد بعقد النكاح يجب أن يزول بزوال النكاح كالإيلاء والظهار واللعان.

فإن قيل: فالإيلاء يصح منها وتضرب له المدة إذا تزوجها، قيل فكذلك الأجنبية عندكم، ويكون يميناً يصير بالنكاح المستجد إيلاء ولو كان ذلك إيلاء زوجته لضربت له المدة وطولب بعد الأربعة أشهر بالبينة أو الطلاق كما يطالب به في الزوجية فبطل ما قالوه من صحة الإيلاء منها، ولأن كل من لا يملك عليها الطلاق ببدل لا يملك عليها الطلاق بغير بدل كالأجنبيات طرداً والزوجات عكساً.

فإن نوقض بالمجنونة يصح طلاقها بغير بدل، ولا يصح ببدل لم يصح النقض، لأن المجنونة لا يصح طلاق الخلع معها، ويصح مع وليها، ومع أجنبي منها فصار طلاقها بالبدل صحيحاً، ولأن من لا يلحقها مكنى الطلاق لم يلحقها صريحه، كالأجنبية طرداً، والزوجة عكساً.

فإن قيل: فالكناية أضعف من الصريح فلم يلحقها كناية طلاق لضعفه ولحقها صريحه لقوته. قيل: الكناية مع النية كالصريح بغير نية. فاستويا في القوة، ولأن ما أفاد الفرقة في الزوجة لم يفسده في المختلعة كالكناية.

فإن قيل: نكاح المختلعة أضعف من نكاح الزوجة، فإذا دخل عليها ضعف الكناية لم يعمل فيها، وإن عمل في الزوجة، قيل: عكس هذا ألزم لأنه إذا عمل أضعف، وأضعف الطلاقين في أقوى النكاحين كان أولى أن يعمل في أضعفهما.

فأما الاحتجاج بالآية فلا دليل لهم فيها، لأنه قال: «الطلاق مرتان» فجوز بعد الثانية الخلع أو الطلاق، ولم يجوز بعد الخلع، فلم يكن فيها دليل. وأما الخبر فضعيف

لأنه لم يروه أحد من أصحاب الحديث، وإنما رواه أبو يوسف في أماليه من غير إسناد رفعه فيه ومثل ذلك لا يحتج به، وقد كان الشافعي إذا ذكر له حديث لا يعرفه قال: ثبته لي حتى أصير إليه.

على أننا نتناول قوله المختلعة يلحقها الطلاق بأحد تأويلين: إما أن يحمل على أن الخلع طلاق وليس بفسخ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، أو يحمل على أن لفظ الخلع بغير بدل إذا اقترن به النية كان طلاقاً.

وأما قياسهم على الرجعية فتلك زوجة لأنهما يتوارثان، وتحل له بغير نكاح، ويلحقها ظهاره وإيلاءه ولعانه ويصح طلاقها بالكناية وعلى بدل، فجاز أن يلحقها صريح الطلاق بغير بدل، والمختلعة كالأجنبية في إنفاء هذه الأحكام عنها كذلك في إنفاء الطلاق.

وأما استدلالهم بالمكاتب فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن عتق المكاتب إبراء وتحرير العتق يكون بالعقد وليس كذلك المختلعة.

والثاني: أن بقاء المال على المكاتب كبقاء الرجعة على المطلقة. لأنه يعتق بالصريح والكناية، ولو قال كل عبيدي أحرار دخل في جملتهم، فكذلك جاز أن يلحق المكاتب العتق كما يلحق الرجعية الطلاق بالصريح والكناية وتدخل في جملة نسائه إن طلقهن. ولا يلحق المختلعة الطلاق لأنه لا يملك رجعتها ولا يلحقها كناية الطلاق ولا تطلق لو قال كل نسائي طوالق، فكان إلحاق المكاتب بالرجعية في الوجوه التي ذكرنا، أولى من إلحاقه بالمختلعة. والله أعلم.

فصل: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق واحدة وطالق ثانية وطالق ثالثة. فإن أراد بالعوض الطلقة الأولى لم تقع الثانية والثالثة لأنها مختلعة بالأولى فبانت بها، وإن أراد بالعوض الثانية طلقت الأولى والثانية ولم تقع الثالثة، وإن أراد بالعوض الثالثة طلقت ثلاثاً لأن الخلع كان بالثالثة فوقع ما تقدمها من الطلقتين والله أعلم.

بَـابُ مَا يَقَع وَمَا لَا يَقَع عَلَى امْرَأَتِهِ
مِنَ الطَّلَاقِ وَمِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَمِمَّا سَمِعْتُ مِنْهُ لَفْظاً

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً فِي كُلِّ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ فَوَقَعَتْ عَلَيْهَا تَطْلِيقَةٌ ثُمَّ نَكَحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَجَاءَتْ سَنَةٌ وَهِيَ تَحْتَهُ لَمْ يَقَعْ بِهَا طَلَاقٌ لأَنَّهَا قَدْ خَلَتْ مِنْهُ وَصَارَتْ فِي حَالٍ لَوْ أَوْقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ وَإِنَّمَا صَارَتْ عِنْدَهُ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ فَلَا يَقَعُ فِيهِ طَلَاقُ نِكَاحٍ غَيْرِهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ مِنْ قَوْلِهِ تُطَلَّقُ كُلَّمَا جَاءَتْ سَنَةٌ وَهِيَ تَحْتَهُ طُلِّقَتْ حَتَّى يَنْقَضِي طَلَاقُ ذَلِكَ الْمِلْكِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَخْلُو قَوْلُهُ أَنْت طَالِقٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ مِنْ أَحَدِ ثَلَاثَةِ مَعَانٍ إِمَّا أَنْ يُرِيدَ فِي هَذَا النِّكَاحِ الَّذِي عَقَدَتْ فِيهِ الطَّلَاقَ فَقَدْ بَطُلَ وَحَدَثَ غَيْرُهُ فَكَيْفَ يَلْزَمُهُ وَإِمَّا أَنْ يُرِيدَ فِي غَيْرِ مِلْكِي فَهَذَا لَا يَذْهَبُ إِلَيْهِ أَحَدٌ يَعْقِلُ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِمَّا أَنْ يُرِيدَ فِي نِكَاحٍ يَحْدُثُ فَقَوْلُهُ لَا طَـلَاق قَبْلَ النِّكَاحِ فَهَذَا طَلَاقٌ قَبْلَ النِّكَاحِ. فَتَفَهَّمْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ».

قال الماوردي: اعلم أن الطلاق يقع معجلاً ومؤجلاً وعلى صفة فإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً في كل سنة واحدة، فقد قرن ما ملكه من الطلاق الثلاث في ثلاث سنين جعلها أجلاً لوقوع الطلاق فيها فيكون ابتداء الأجل من وقته إذا لم يكن له نية تخالف مطلق لفظه، لأن الآجال إذا أطلقت تعيين ابتداؤها من وقت إطلاقها كآجال الأثمان والأيمان. وإذا كان كذلك فأول السنة الأولى من وقت عقده للطلاق فإذا مضى منها بعد عقده جزء وإن قل طلقت واحدة لوجود الصفة بدخول السنة، كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فإذا دخلت أول جزء الدار طلقت، ولا يقع عليها في السنة الأولى إلا طلقة واحدة.

وقال مالك: تطلق ثلاثاً في وقته، لأن عنده أن الطلاق يقع في وقته معجلاً ولا يتأجل والكلام معه يأتي.

وعندنا أنها لا تطلق في المؤجل قبل حلول الأجل وتطلق بعد أول جزء من السنة الأولى طلقة واحدة، وبعد أول جزء من السنة الثانية طلقة ثانية لدخول الأجل الثاني الذي

قد صار صفة للطلقة الثانية، ويطلق بعد أول جزء من السنة الثالثة طلقة ثالثة لدخول الأجل الثالث الذي قد صار صفة للطلقة الثالثة وإذا كان كذلك فلا يخلو حالها بعد وقوع الطلقة الأولى عليها بعد أول جزء من السنة الأولى عنه دخول السنة الثانية والسنة الثالثة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون زوجة بعقد نكاحه هذا.

والثاني: أن تكون بائناً منه.

والثالث: أن تكون بعقد نكاح جديد.

فإن دخلت السنة الثانية والسنة الثالثة وهي زوجة بعقد نكاحه هذا، وذلك قد يكون من أحد وجهين: إما أن يراجعها بعد الطلقة الأولى فتطلق بعد أول جزء من السنة الثانية طلقة ثانية ثم يراجعها فتطلق بعد أول جزء من السنة الثالثة طلقة ثالثة فيقع عليها الطلاق الثلاث في السنين الثلاث، لأن الرجعة ترفع حال العقد وترفع تحريم الطلاق فيصير عقد الطلاق ووجود الصفة في نكاح واحد فلذلك وقع فهذا وجه.

والوجه الثاني: أن لا يراجعها بعد الطلقة الأولى، ولكن تطول بها العدة حتى تدخل السنة الثانية فتطلق بأول جزء منها الطلقة الثانية، لأن المعتدة من الطلاق الرجعي زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء لأنهما يتوارثان فيهما بالزوجية وإن حرم استمتاعه بها كما يحرم في الإحرام وبالظهار.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تدخل السنة الثانية والسنة الثالثة وهي بائن منه وذلك قد يكون من أحد وجهين:

إما أن يكون قد طلقها في السنة الأولى بعد الطلقة الأولى طلقتين فاستكمل طلاقها ثلاثاً فلا تطلق بدخول السنة الثانية والثالثة وإن كانت في عدتها لاستيفاء ما ملكه من طلاقها.

وإما بأن تقضي عدتها من الطلقة الأولى في السنة الأولى فتدخل السنة الثانية والسنة الثالثة وهي غير زوجة فلا تطلق[1] بدخولها، لأنها قد صارت بانقضاء العدة أجنبية وهو قول جمهور الفقهاء لا أعرف فيه خلافاً إلا ما حكي عن بكر بن الأشج أنها تطلق بدخول السنة الثانية والثالثة.

---

(١) في ب يبطل.

وإن كانت بائناً منه، لأن عقد طلاقها كان وهي زوجة ويكون تأثيره أن لا تحل له إلا بزوج، وهذا خطأ، لأنها في حال لو باشرها بالطلاق المعجل لم يقع عليها، فإذا صادفها طلاق مؤجل فأولى أن لا يقع عليها ولأن الصفة بدخول السنة الثانية والثالثة قد تأتي وهي زوجة لغيره فتطلق تحت زوج من غيره وربما طلقها زوجها فتصير طالقاً من زوجين، وهذا مستحيل.

ولأنه لو علق عتق عبده بصفة ثم باعه ثم وجدت الصفة لم يعتق وإن عقدها في ملكه فكذلك الزوجة.

وفيه رد عما تعلق به.

وإذا لم يلحقها الطلاق فلو تزوجها بعد السنة الثالثة لم يطلق بدخول ما بعدها من السنين لأن ما بعد الثالثة لم يجعل أجلاً لطلاقها ولا صفة فيه ولذلك توصلنا بالخلع إلى رفع ماعلق به من الطلاق الثلاث من الشروط والصفات مثل أن يقول لها: إن دخلت الدار وإن كلمت زيداً فأنت طالق ثلاثاً، فلا تجد بداً من دخول الدار، ومن كلام زيد، فيخالفها على طلقه ثم تدخل الدار وتكلم زيداً وهي في العدة فلا تطلق، لأنها مختلعة بائن، والمختلعة لا يلحقها طلاق، ثم يستأنف العقد عليها من وقته إن شاء وهي في العدة فإذا دخلت بعد أن تزوجها الدار وكلمت زيداً لم تطلق، لأن الصفة إذا لم يقع بها الطلاق عند وجودها سقطت فلم يكن لها بعد ذلك حكم.

وهذا مما وافقنا عليه أبو حنيفة.

وقال مالك وأحمد بن حنبل وأبو سعيد الإصطخري من أصحابنا: إن وجود الصفة بعد الخلع لا يسقطها، وأن الخلع لا تأثير له في رفع الصفات وإذا وجدت في النكاح.

قالوا لأن قوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فوجود الزوجة مضمر في الصفة وتقدير كلامه: إذا دخلت الدار وأنت زوجة فأنت طالق، فصارت الصفة مفيدة بشرط فإذا وجدت مع عدم الشرط لم يسقط عند وجود الشرط كما لو قال لها: إذا دخلت الدار صائمة فأنت طالق فدخلتها مفطرة لم تسقط الصفة، وطلقت إذا دخلتها من بعد وهي صائمة.

وهذا خطأ، لأن إضمار الصفات لا يعتمد في ظاهر الحكم، ولا أن يعتد المشروط بالعرف والعادة.

ألا تراه لو قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فدخلتها زحفاً أو حبواً طلقت، وإن كان دخولاً يخالف العادة، ولم يجعل العادة بدخولها مشياً شرطاً في الصفة التي يقع

بها الطلاق كذلك في مسألتنا .

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تدخل السنة الثانية والثالثة وهي زوجة بنكاح جديد إما أن تنقضي عدتها من الطلقة الأولى فيستأنف نكاحها قبل الثانية .

وإما بأن يكمل طلاقها ثلاثاً وتستحل بزوج ثم يعود فيتزوجها قبل الثانية فهل يقع الطلاق بوجود الصفة في النكاح الثاني أم لا؟ معتبر بحال النكاح الأول، فإن زال بطلاق دون الثلاث فمذهب الشافعي في القديم وأحد قوليه في الجديد أن الطلاق يقع بوجود الصفة في النكاح الثاني فتطلق بأول جزء من السنة الثانية طلقة ثانية بأول جزء ومن السنة الثالثة طلقة ثالثة .

والقول الثاني: في الجديد أن الطلاق لا يقع بوجود الصفة في النكاح الثاني لأنها لا تطلق بدخول السنة الثانية والثالثة وإن زال النكاح الأول بالطلاق الثلاث فمذهب الشافعي في الجديد وأحد قوليه في القديم أن الطلاق لا يقع .

والقول الثاني: في القديم أن الطلاق يقع فكان وقوع الطلاق على القولين في القديم أقوى منه على قوله في الجديد ووقوعه مع زوال النكاح الأول بدون الثلاث أقوى من وقوعه إن زال بالثلاث .

وقد يخرج وقوع الطلاق في النكاح الثاني على ثلاثة أقاويل :

أحدها: أنه لا يقع سواء كان الطلاق الأول ثلاثاً أو دونها وهو مذهب المزني .

والقول الثاني: أنه يقع سواء كان الأول ثلاثاً أو دونها وهو مذهب أبي حنيفة .

والقول الثالث: أنه يقع إن كان الأول أقل من ثلاث ولا يقع إن كان ثلاثاً .

فإذا قيل بالأول إنه لا يقع فوجهه قول النبيّ ﷺ: «لا طَلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ» وهذا طلاق قبل نكاح . ولأن مقصود عقد الطلاق قبل النكاح يمنع من وقوعه في النكاح كما لو عقده في أجنبية، ولأن زوال النكاح الأول يجب ارتفاع أحكامه وعقد الطلاق من أحكامه، فلم يجز أن يبقى بعد ارتفاعه ولما ذكره المزني .

وإن قيل بالثاني أن الطلاق يقع فوجهه أن عقد الطلاق ووجود صفته كانا معاً في ملكه ونكاحه فاقتضى أن يقع كما لو كانا في نكاح واحد، ولأن الطلاق معتبر بحالين عقده ووقوعه ولا اعتبار بما تخللهما من أحوال المنع كالعاقد للطلاق في صحته إذا وجدت صفته بعد جنونه لم يمنع وقوعه كذلك هذا .

وإذا قيل بالثالث أنه يعود إن ارتفع بدون الثلاث ولا يعود إن ارتفع بالثلاث فوجهه

أن ارتفاعه بدون الثلاث موجب لبقايا أحكامه من عدم الطلاق فأوجب بقاء عقده بالطلاق وإذا ارتفع بالثلاث لم يبق له حكم من عدد الطلاق فلم يبق له حكم في الطلاق.

وعلى هذه الأقاويل الثلاثة في الطلاق يكون حكم الظهار والإيلاء إذا عقده بشرط في النكاح الأول فوجد في النكاح الثاني فإن قلنا بوقوع الطلاق فيه ثبت فيه الظهار والإيلاء وإن قلنا: لا يقع فيه الطلاق لم يثبت فيه الظهار والإيلاء لاشتراكهما في خصائص النكاح فأما المعتق وهو أن يقول لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حرٌّ ثم يبيعه ويشتريه ويدخل الدار بعد الشراء فقد اختلف أصحابنا في بيعه هل يجري مجرى الطلاق الرجعي أم مجرى الثلاث على وجهين:

أحدهما: أنه يجري مجرى الرجعي، لأنه يملك شراءه بغير شرط، فأشبه نكاح الرجعية فعلى هذا يعتق على قوله في القديم وفي الجديد على قولين.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى الثلاث لأنه لم يبق للملك الأول حكم فعلى هذا لا يعتق على قوله في الجديد والقديم على قولين والله أعلم.

بَابُ الطَّلَاقِ قَبْلَ النِّكَاحِ

مِنَ الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ ابْنِ القَاسِمِ وَمِنْ مَسَائِلَ شَتَّى سَمِعْتُهَا لَفْظاً

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ أَوِ امْرَأَةٌ بِعَيْنِهَا أَوْ لِعَبْدٍ إِنْ ملكتك حر فَتَزَوَّجَ أَوْ مَلَكَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ لأَنَّ الْكَلَامَ الَّذِي لَهُ الْحُكْمُ كَانَ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ فَبَطُلَ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ قَالَ لامْرَأَةٍ لَا يَمْلِكُهَا أَنْتِ طَالِقٌ السَّاعَةَ لَمْ تُطَلَّقْ فَهِيَ بَعْدَ مُدَّةٍ أَبْعَدُ فَإِذَا لَمْ يَعْمَلِ القَوِيُّ فَالضَّعِيفُ أَوْلَى أَنْ لَا يَعْمَلَ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى طَلَاقِ مَنْ لَمْ يُمْلَكْ لِلسُّنَّةِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهَا فَهِيَ مِنْ أَنْ تُطَلَّقَ بِبِدْعَةٍ أَوْ عَلَى صِفَةٍ أَبْعَدَ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في عقد الطلاق قبل النكاح هل يصح أم لا على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه لا يصح عقد الطلاق قبل النكاح لا في العموم ولا في الخصوص ولا في الأعيان.

فالعموم أن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق.

والخصوص أن يقول: كل امرأة أتزوجها من بني تميم أو من أهل البصرة فهي طالق.

والأعيان أن يقول لامرأة بعينها: إن تزوجتك فأنت طالق.

فلا يلزمه الطلاق إذا تزوج في هذه الأحوال، وهكذا العتق قبل الملك في العموم والخصوص والأعيان لا يقع بحال، وبهذا قال من الصحابة عليّ بن أبي طالب وعبدالله بن عباس ومن التابعين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء، وفي الفقهاء أحمد وإسحاق.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة أن الطلاق ينعقد قبل النكاح في العموم والخصوص والأعيان وبه قال الشعبي والنخعي والثوري.

والمذهب الثالث: وهو قول مالك أن الطلاق ينعقد قبل النكاح في الخصوص والأعيان ولا ينعقد في العموم إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، لأنه يصير بذلك محرماً لما أحله الله تعالى من النكاح، ولا يصير الخصوص والأعيان محرماً للنكاح، لأنه قد يستبح نكاح من لم يحصنها ويعنيها وبه قال ربيعة والأوزاعي.

قال الربيع: وذكر الشافعي هذه المسألة في الأمالي وحكي خلاف الناس فيها فقلت فما تقول أنت فيها فقال أنا متوقف.

وليس ذلك بقول آخر لأنه قد صرح بأنه لا يقع.

واستدلوا على عقده قبل النكاح، ووقوعه بعد النكاح بأن الطلاق يصح بالغرر والجهالة فصح عقده في غير ملك وإذا أضيف إلى الملك كالوصية والنذر.

وبيانه أن الغرر في الطلاق أن يقول: إن قدم زيد فأنت طالق، لأنه قد يقدم وقد لا يقدم، والجهالة فيه أن يقول إحدى نسائي طالق، لأن المقصود بالطلاق مجهولة.

والغرر في الوصية أن يوصي بحمل أو ناقة أو ثمرة أو شجرة.

والجهالة فيها أن يوصي بأحد عبيده ثم يثبت أن الوصية تنعقد في غير ملك وهو أن يوصي بثلث ماله ولا مال له فيصير ذا مال أو يوصي بعبد وليس له عبد، ثم يملك عبداً وكذلك في النذر وكذلك في الطلاق.

قالوا: ولأن الطلاق مبني على السراية فصح عقده قبل الملك كالعتق إذا قال لأمته: إذا ولدت ولداً فهو حر عتق عليها ولدها إذا ولدته بما عقده قبل الملك كذلك الطلاق.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾ فشرط أن يكون الطلاق بعد النكاح، فلم يجز أن يكون قبل النكاح.

من السنة ما رواه جابر وابن عباس ومعاذ بن جبل وعائشة أن النبيّ ﷺ قال: «لا طلاق قبل نكاح».

وروى جويبر عن الضحاك عن النزال عن عليّ بن أبي طالب عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا رضاع بعد فصال ولا وصال في صيام ولا يتم بعد حلم ولا صمت يوم إلى الليل ولا طلاق قبل نكاح».

وروى مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيّ ﷺ قال: «ليس على الرجل طلاق فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك».

وروي عن عبدالرحمن بن الحارث عن عمر بن شعيب أن رسول الله ﷺ قال: «من طلق ما لا يملك فلا طلاق له، ومن أعتق من لا يملك فلا عتق له، ومن نذر ما لا يملك فلا نذر له».

وروى عروة عن عائشة أنها قالت: بعث رسول الله ﷺ أبا سفيان بن حرب فكان فيما عهد إليه أن لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لا يملك.

وهذه كلها نصوص تدل على صحة ما قلنا.

فإن قيل: فقوله «لا طلاق قبل نكاح» محمول على وقوع الطلاق دون عقد، لأن اسم الطلاق يتناول وقوع الطلاق دون عقده ألا تراه لو قال لامرأته: إن طلقتك فعبدي حر، ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يعتق عبده، حتى تدخل الدار، ولو كان عقد الطلاق طلاقاً لعتق فكذلك قوله «لا طلاق قبل نكاح» أي لا طلاق يقع قبل نكاح.

قالوا: ونحن نوقعه بعد النكاح وإن عقده قبل النكاح فالجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الطلاق إذا كان رفعاً للنكاح فمعلوم من حال الأجنبية التي لا نكاح عليها أن الطلاق لا يقع عليها فلا يحتاج فيما هو معقول إلى بيان مستفاد من الرسول.

والثاني: أنه يحمل قوله «لا طلاق قبل النكاح» على عموم الأمرين فلا طلاق واقع ولا معقود، لأن اللفظ يحتملها.

ألا تراه لو قال: «لا طلاق قبل النكاح» واقعاً ولا معقوداً، لصح فوجب أن يكون إطلاق اللفظ محمولاً على محتمليه معاً دون أحدهما.

والثالث: أنه قد نقل ما يدفع هذا التأويل ويمنع من حمله إلا على ما ذكرنا وهو ما رواه الدارقطني في سننه بإسناده عن عبدالله بن عمر عن النبيّ ﷺ أنه سئل عن رجل فقال: يوم أتزوج فلانة هي طالق، فقال: طلّق ما لا يملك وروى زيد بن علي بن الحسين بإسناده أن امرأة أتت النبيّ ﷺ فقالت: يا رسول الله ﷺ إن ابني خطب امرأة، وإن ابني قال: هي طالق إن تزوجتها فقال النبيّ ﷺ مريه فليتزوجها فإنه لا طلاق قبل نكاح.

فأما استشهاده بالحالف على أن لفظ الطلاق يتناول الوقوع دون العقد، فلأن الأيمان محمولة على الحقيقة دون العرف، ثم يدل على ذلك من القياس أنه طلاق معلق بالصفة قبل النكاح فلم يصح وقوعه في النكاح.

أصله إذا قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار بعد أن تزوجها أو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم جاء رأس الشهر بعد أن تزوجها لم تطلق موافقة لنا فكذلك فيما خالفنا.

فإن قيل: المعنى في الأصل أن الطلاق لا يقع فيه، لأنه غير مضاف إلى ملكه ووقع في الفرع لأنه مضاف إلى ملكه، ولو كان قال: إن دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق فتزوجها ثم دخلت الدار طلقت، لأنه قد أضاف الطلاق إلى ملكه يوضح هذا الفرق في الطلاق بين إضافته إلى ملكه فيقع وبين أن لا يضاف إلى ملكه فلا يقع اتفاقاً على مثله في النذر وهو أن يقول: إن شفى الله مريضي فللَّه علي أن أعتق عبد زيد فشفى الله مريضه، وملك عبد زيد لم يلزمه عتقه، ولو قال: إن شفى الله مريضي وملكت عبد زيد فللَّه علي أن أعتقه فإن شفى الله مريضه وملك عبد زيد لزمه عتقه.

والفرق بينهما: أنه في الأصل ما أضاف العبد إلى ملكه فلم يلزمه عتقه وفي الثاني أضافه إلى ملكه فلزمه عتقه كذلك الطلاق.

فالجواب عنه أنه لو كان عقد الطلاق بالصفة قبل النكاح صحيحاً كعقده بعد النكاح لم يقع الفرق قبل النكاح وبين إضافته إلى ملكه وبين إطلاقه كما لم يقع الفرق بعد النكاح بين إضافته وإطلاقه.

فإن قيل: فهو بعد النكاح مالك فأغنى وجود الملك عن إضافته إلى الملك وليس كذلك قبل النكاح لأنه غير مالك فافتقر مع عدم الملك إلى إضافته إلى الملك.

فالجواب عنه أن وجود الملك في الزوجة لا يغني عن اشتراط الملك ويفترق الحكم بين اشتراطه وعدمه وهو أن يقول لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم خالعها فدخلت الدار بعد خلعه سقطت اليمين فلو تزوجها ثم دخلت الدار لم تطلق ولو كان قال لها إذا دخلت وأنت زوجتي فأنت طالق، ثم خالعها، فدخلت الدار بعد خلعه لم تسقط اليمين، ولو تزوجها ثم دخلت الدار طلقت فقد علمت أن وجود الملك في الزوجة لا يقوم مقام اشتراط الملك فيها فبطل ما قالوه من الاستغناء بوجود الملك عن اشتراط الملك.

وأما النذر فإنما لم يلزمه إذا قال: إن شفى الله مريضي فللَّه علي أن أعتق عبد زيد، لأن نذره لعتق عبد غيره معصية وقد قال ﷺ: لا نذر في معصية، ولزم إذا قال إن شفى الله مريضي وملكت عبد زيد فللَّه علي أن أعتقه لأنه نذر عتق ملكه وقد علق العتق بذمته فلزمه، لأنه قد يتعلق بذمته ما يملكه ومثاله من الطلاق أن يقول: إن شفى الله مريضي وملكت عبد زيد فهو حر فشفى الله مريضه وملك عبد زيد لم يعتق عليه.

وقياس ثان وهو أن كل ما لم يصح منه إيقاع الطلاق المعجل لم يصح منه عقد الطلاق المؤجل كالصبي والمجنون.

فإن قيل: إنما لم يصح من الصبي والمجنون لعدم التكليف وليس كذلك المكلف.

قيل افتراقهما لما لم يمنع من تساويهما في الطلاق المعجل لم يمنع من تساويهما في الطلاق المؤجل.

وقياس ثالث: وهو أن كل قول وضع لرد الملك لم يصح تقدمه على الملك كالإقالة.

وقياس رابع: وهو أن الفرقة في النكاح لا يصح وقوعها بلفظ متقدم كالفسخ.

وقياس خامس: وهو أنه طلاق ينافيه الجنون والصغر فوجب أن ينافيه عدم الملك كالطلاق المعجل فأما الجواب عن قياسهم على الوصية والنذر فهو أن عقد الوصية إيجاب وقبول وعقد الإيجاب والقبول يصح في غير ملك كالسلم، وعقد الطلاق تنفير وعقد التنفير لا يصح إلا في ملك كبيع مال الغير بغير إذنه.

وأما الجواب عن عتق ولد أمته قبل ولادته فهو أن لأصحابنا فيه وجهين:

أحدهما: أنه لا يعتق لأنه عتق قبل الملك.

والوجه الثاني: يعتق فعلى هذا إنما عتق الولد لأنه تبع لأمه والأم في ملكه، فجرى عليه حكم الملك، لأنه تبع للملك وليس كذلك الأجنبية، لأنها ليست في ملكه ولا تبعاً لملكه فاختلفا.

فصل: وهكذا الظهار والإيلاء قبل النكاح لا يصح فإذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي، فتزوجها لم يصر مظاهراً منها، لأن الظهار تبع في الطلاق في الثبوت والنفي.

ولو قال لها: إذا تزوجتك فوالله لا وطئتك أبداً لم يكن مولياً، لأن الإيلاء لا يصح إلا من زوجة كالطلاق، ولكن يكون حالفاً، وإن لم يكن مولياً، ومتى وطئها حنث وكفّر، وإن لم يؤجل لها أجل الإيلاء لأن اليمين يصح من الأجنبية وإن لم يصح منها الإيلاء والله أعلم.

بَــابُ مُخَاطَبَةِ الْمَرْأَةِ بِمَا يَلْزَمُهَا مِنَ الْخُلْعِ وَمَا لاَ يَلْزَمُهَا مِنَّ النِّكَاحِ والطَّلاَقِ إمْلاَءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ إِنْ طَلَّقْتَنِي ثَلاَثاً فَلَكَ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَهُوَ كَقَوْلِ الرَّجُلِ بِعْنِي ثَوْبَكَ هَذَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلاَثاً فَلَهُ الْمِائَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن الخلع عقد معاوضة يجري مجرى المبيع، لأن الزوج يملك به البدل وتملك الزوجة به البضع، فيحل الزوج فيه محل البائع، وتحل الزوجة فيه محل المشتري، فربما اجتمع الخلع والبيع في صفة العقد وربما اختلفا كما يختلفان في أحكام العقد فيدخل في البيع خيار العقد والشرط، ولا يدخل بواحد من الخيارين في الخلع.

فإذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثاً بألف فقال: أنت طالق ثلاثاً فالطلاق واقع وله الألف، لأنها طلبت منه أن تملك بضعها بالألف فأجابها إلى أن ملكها بضع نفسها بالألف فتم ذاك بطلبها وإيجاب الزوج إذا كان عقيب الطلب وجرى ذلك مجرى البيع وعلى صفته وهو أن يقول: بعني عبدك هذا بألف، فيقول المالك: قد بعتك عبدي هذا بألف، فيتم البيع ولا يحتاج المشتري أن يقول قد قبلت لأن ما تقدم من المشتري طلب ومال حاز به المالك إيجاب فتم البيع بالطلب والإيجاب كما يتم البدل والقبول.

ولو كانت الزوجة حين قالت: طلقني ثلاثاً بألف قال لها الزوج: قد طلقتك ثلاثاً ولم يقل بألف، طلقت ثلاثاً، وله الألف لأنه أيجاب منه في مقابلة طلبها فتناول الإيجاب ما تضمنه الطلب.

ومثله في البيع جائز وهو أن يقول: بعني عبدك هذا بألف فيقول قد بعتك ولا يقول بألف فيكون بائعاً له بالألف، لأنه أيجاب في مقابلة طلب تضمن الألف، فاستغنى عن أن يصرح في إيجابه بالألف.

ولو قال الولي في النكاح: قد زوجتك بنتي على صداق ألف، فقال الزوج قبلت نكاحها، ولم يقل بالألف صح النكاح ولم يلزمه الألف في أظهر الوجهين.

والفرق بين هذا وبين البيع أن البيع لا يتم إلا بالثمن فإذا أطلق الإيجاب بالبيع ولم يذكر فيه الثمن عاد إلى البيع والثمن لأنهما لا يفترقا، وليس كذلك النكاح، لأنه يصح بغير صداق، فإذا صرح بقبول النكاح ولم يصرح بقبول الصداق، لزمه النكاح دون الصداق لأنهما قد يفترقان، فإن قيل: فهذا التعليل في الفرق يقتضي أن لا يجب له في الخلع الألف حتى يقول قد طلقتك ثلاثاً بألف، لأنه يصح الطلاق بغير الألف.

قيل: ما قدمناه من تعليل الفرق لا يقتضي هذا في الخلع وإن اقتضاه في النكاح.

والفرق بينهما: أن القبول في النكاح في مقابلة التزامه العقد والصداق فإن صرح بهما، وإلا انصرف إلى المقصود منهما، وهو النكاح وليس في الخلع إلا التزام واحد وهو العوض فتوجه إطلاق الإجابة إليه.

فصل: ولو قالت الزوجة: إن طلقتني ثلاثاً فلك علي ألف، أو قالت فلك ألف.

فقال الزوج: قد طلقتك ثلاثاً بألف أو قال قد طلقتك ثلاثاً، ولم يقل بألف، طُلِّقت ثلاثاً، وله الألف وهي مسألة الشافعي.

ومثل ذلك في البيع لا يصح، وهو أن يقول: إن بعتني عبدك هذا فلك علي ألف فيقول المالك: قد بعتك هذا العبد بألف، فلا يتم البيع حتى يقبل المشتري بعد بذل البائع فيقول: قد قبلت ابتياعه بالألف.

والفرق بين الخلع والبيع في هذه المسألة أن حرف الشرط في قولها: إن طلقتني فلك ألف إذا لم يتضمن طلباً بأجر تضمن التزاماً فصح الطلاق بالزوج وحده وقد وجد الالتزام منها له فصح الخلع، وليس كذلك البيع لأنه لا يصح بمجرد الالتزام حتى يقترن به الطلب، وليس في لفظ الشرط طلب فصار التزام المشتري سوماً فلم يتم البيع بعد بذل البائع إلا بقبول المشتري.

فإن قيل: فقد شبه الشافعي في هذه المسألة بالبيع قبل موضع التشبيه بينهما في استحقال العوض لا في صفة العقد.

وهكذا لو قالت: طلقني ثلاثاً على أن أدفع إليك ألفاً، فطلقها ثلاثاً استحق عليها ألفاً لالتزامها على الطلاق ألفاً فصار الطلاق شرطاً، والألف جزاء ومثل هذا في البيع لا يصح لما ذكرنا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ اخْلَعْنِي أَوْ بِتْنِي أَوْ أَبِنِّي أَوِ ابْرَأْ مِنِّي أَوْ بارِئْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَهِيَ تُرِيدُ الطَّلَاقَ وَطَلَّقَهَا فَلَهُ مَا سَمَّتْ لَهُ».

قال الماوردي: اعلم أن اللفظ الذي يتخالع به الزوجان ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان صريحاً في الطلاق وهو ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح فهذه الألفاظ الثلاثة صريحة في الطلاق سواء كان معها عوض أو لم يكن.

والقسم الثاني: ما كان كناية في الطلاق وهو قولها بتني أو أبني أو ابرأ مني أو بارئني أو خليني أو أبعدني أو حرمني فهذا وما شاكله من الألفاظ كناية سواء كان معه عوض أو لم يكن.

والقسم الثالث: ما كان مختلفاً فيه وهو لفظان الخلع والمفاداة، فإن لم يقترن بهما عوض كان معه عوض فهما كناية في الطلاق، وإن اقترن بهما عوض ففيهما ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو قوله في الإملاء إنه صريح كالطلاق فيكون كالقسم الأول.

والقول الثاني: نص عليه في الأم، ونقله المزني إلى مختصره هذا، أنه كناية في الطلاق فيكون كالقسم الثاني.

والقول الثالث: أنه يكون فسخاً صريحاً فيكون حكمه حينئذ مخالفاً لحكم القسمين المتقدمين.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حالهما في عقد الخلع من أحد قسمين: إما أن يتفقا في لفظ الخلع وإما أن يختلفا.

فأما القسم الأول وهو أن يتفقا في لفظ الخلع فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسأله بصريح الطلاق فيجيبها بمثله مثل أن تقول له: طلقني ثلاثاً بألف، فيقول لها: قد فارقتك.

أو تقول له: سرحني بألف، فيقول لها: قد سرحتك فقد تم الخلع بطلبها وإيجابه، ولا يسأل واحد منهما عن مراده.

وهكذا لو قالت له: طلقني، فقال لها: قد فارقتك، أو قالت له سرحني: فقال لها: قد طلقتك، لأن جميع هذه الألفاظ صريحة يقوم كل واحد منهما مقام الآخر فكان مماثلاً في حكمه وإن خالفه في لفظه.

والقسم الثاني: أن تسأله بكناية الطلاق فيجيبها بمثله مثل أن تقول له أبني بألف أو أبني أو ابرأ مني أو حرمني أو أبعدني فيقول لها: قد أبنتك أو بنتك أو بارأتك أو حرمتك أو أبعدتك.

وبأي هذه الألفاظ أجابها عن أي لفظة منها سألت بها كان مجيباً بمثلها في الحكم، وإن خالفها في اللفظ، لأن جميع ألفاظ الكناية مماثلة في الحكم، وإن كانت مختلفة في اللفظ، وإذا كان كذلك فألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا مع النية فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق ولم يكن لها حكم، فسئل الزوجان عن نيتهما فإنه لا يخلو حالهما فيه من أربعة أحوال:

أحدها: أن تريد الزوجة بسؤالها ويريد الزوج بإجابته الطلاق فيقع الطلاق، ويتم الخلع، وتقوم الكناية مع البينة مقام الصريح في الطلب والإيجاب.

والحال الثانية: أن لا يريد واحد منهما الطلاق فلا طلاق ولا خلع لا حكم للفظ الجاري بينهما في فرقة ولا عوض.

والحال الثالثة: أن تريد الزوجة الطلاق ولا يريده الزوج فلا طلاق وقد سألته ما لم يجبها إليه، ولا يلزمها ما بذلت من العوض، لأنه لم يحصل لها ما سألت من الطلاق، فإن أكذبته وادعت إرادة الطلاق أحلفته، ولا طلاق عليه ولا شيء عليها.

والحال الرابعة: أن يريد الزوج الطلاق ولا تريده الزوجة فيقال للزوج: هل علمت حين أرادت الطلاق أن الزوجة لم ترد الطلاق، فإن قال: نعم وقع طلاقه رجعياً ولا عوض له عليها، وكأنه طلقها من غير طلبها، وإن قال: ظننت أنها أرادت الطلاق ولم أعلم أنها لم ترده.

قيل له: أفتصدقها على أنها لم ترد الطلاق فإن صدقها لم يقع طلاقه، لأنه طلق على شرط عوض لم يحصل فإذا لم يؤخذ الشرط لم يقع الطلاق، وإن أكذبها وقال: بل أردت الطلاق وقع طلاقه بائناً لاعترافه بوقوعه، وله إحلافها أنها لم ترد الطلاق، فإذا حلفت فلا شيء عليها، فإن نكلت ردّت اليمين عليه، فإذا حلف كان له عليها الألف التي صرحت بذكرها، وحلف الزوج عليها.

والقسم الثالث: أن تسأله بلفظ الخلع فيجيبها بمثله مثل أن تقول: اخلعني بألف، فقال: قد خالعتك أو تقول له: فادني بألف فيقول لها: قد فاديتك أو تقول له: اخلعني فيقول: قد خالعتك فكل ذلك سواء، لأن لفظ الخلع والمفاداة صريحان متساويان في الحكم، أما المفاداة فلورود القرآن بها وأما الخلع فلمعهود اللغة فيه.

وهذا القسم إنما يتميز عن القسمين الأولين إذا قيل إن لفظ الخلع والمفاداة فسخ، ولو قيل: إنه طلاق أو كناية لدخل فيهما ولم يتميز عنهما، وإذا كان كذلك فقد تم الخلع

بينهما بلفظ الخلع، ووقع به فسخ النكاح من غير أن تنقض به عدد الطلاق واستحق عليها الألف التي بذلها فلو كان حين سألته الخلع أجابها بالفسخ مثل أن تقول له: اخلعني بألف، فقال لها: قد فسخت نكاحك ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح، لأنه ليس له أن يفسخ نكاحها إلا بعيب.

والوجه الثاني: يصح ذلك منهما، ويكون فسخاً يقوم مقام الخلع، لأنه لما صح منه الخلع وكان فسخاً أولى أن يصح منه بصريح الفسخ، ويكون خلعاً، وهكذا لو قالت: افسخ نكاحي بألف، فقال: قد فسخته كان على هذين الوجهين.

فصل: وأما القسم الثاني: في الأصل وهو أن يختلف لفظهما في عقد النكاح فهذا على ستة أقسام:

أحدها: أن تسأله بصريح الطلاق فيجيبها بكناية، مثل أن تقول له: طلقني بألف، فيقول لها: قد أبنتك أو حرمتك، فإن لم يرد به الطلاق، فلا خلع، وإن أراد به الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن خيران: لا يقع الطلاق، لأنها سألته صريح الطلاق فعدل عنه إلى كنايته فلم يصر مجيباً إلى ما سألت.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أن الطلاق واقع، وله الألف لأن كناية الطلاق مع النية يقوم مقام صريح الطلاق بغير نية.

والقسم الثاني: أن تسأله بصريح الطلاق فيجيبها بالخلع، كأنها قالت له: طلقني بألف فقال: قد خالعتك بألف.

فإن قيل: إن لفظ الخلع صريح في الطلاق فقد وقعت الفرقة واستحق البدل وصار كما لو أجابها بصريح عن صريح.

وإن قيل: إن الخلع كناية، فهو على ما مضى من إجابته عن الصريح بالكناية.

وإن قيل: إن الخلع فسخ، وعليه التفريع فيما نذكره من الأقسام كلها ليصح أن يكون مميزاً بحكم مخصوص فعلى هذا في وقوع الفرقة به وجهان:

أحدهما: أن الفرقة قد وقعت، لأن كلا اللفظين صريح في الفرقة.

والوجه الثاني: لا تقع به الفرقة، ولا يكون جواباً إلى ما سألت، لأنها سألته طلاقاً ينقضي به ما ملكه عليها من عدد الطلاق فأجابها إلى فسخ لا ينقضي به عدد الطلاق، فصار مجيباً إلى غير ما سألت، فلم تقع به الفرقة، ولم يستحق به البدل.

والقسم الثالث: أن تسأله بكناية الطلاق فيجيبها بصريحه، كأنها قالت له: أبني بألف، فقال: قد طلقتك بها، فإنها تُسأل عن إرادتها دونه فإن أرادت الطلاق وقع الطلاق وله الألف، لأن الصريح أقوى من الكناية، وإن لم ترد الزوجة بالكناية الطلاق لم يقع الطلاق لعدم الشرط ولم يستحق البدل.

والقسم الرابع: تسأله بكناية الطلاق فيجيبها بالخلع كأنها قالت: أبني بألف، فقال لها: قد خالعتك بها فإنها تسأل عن إرادتها بالكناية فإن لم ترد الطلاق، فلا خلع، وإن أرادت الطلاق ففي وقوع الفرقة بلفظ الخلع وجهان إذا قيل: إن الخلع فسخ كما لو سألته بصريح الطلاق فأجابها بالخلع.

والقسم الخامس: أن تسأله بالخلع فيجيبها بصريح الطلاق، كأنها قالت له: اخلعني بألف، فقال لها: أنت طالق بألف، فالطلاق هاهنا واقع، والألف مستحقة، لأنها سألته بالخلع فرقة لا ينقص بها عدد الطلاق، فأجابها بالطلاق الذي تقع به الفرقة وينقص بها عدد الطلاق فصار ما أجابها إليه أكثر مما سألته منه، وخالف سؤالها للطلاق فيجيبها بالخلع، لأن الخلع انقضى فلم يصر مجيباً إلى ما سألت.

والقسم السادس: أن تسأله بالخلع فيجيبها بكناية الطلاق كأنها قالت له: اخلعني بألف، فقال لها: قد أبنتك بها، فيسأل عن إرادته فإنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا يريد به الطلاق فيصير بالنية طلاقاً، فيقع الطلاق وتستحق الألف، ويصير كأنها سألته الخلع، فأجابها بالطلاق فيقع، لأنه أغلظ.

والحال الثانية: أن يريد به فسخ الخلع فقد اختلف أصحابنا في كنايات الطلاق هل يصح أن يكون كناية في فسخ الخلع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح، لأن الفسخ لا يتعلق بالصفة، فيم يصح بالكناية، فعلى هذا لا فرقة ولا بذل.

والوجه الثاني: أنه يصح، ويكون كناية في الفسخ، كما كان كناية في الطلاق، فعلى هذا لو سألته بصريح الفسخ فأجابها بكناية فيكون وقوع الفرقة به على وجهين، كما لو سألته بصريح الطلاق فأجابها بكناية.

والحال الثالثة: أن لا يريد به طلاقاً ولا فسخاً فلا تقع به الفرقة ولا يتعلق به حكم والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَتِ اخْلَعْنِي عَلَى أَلْفٍ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مَا لَمْ يَتَنَاكَرَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الخلع عقد معاوضة كالبيع ينزل الزوج فيه منزلة البائع، والزوجة منزلة المشتري، ويكون العوض فيه كالثمن، فلم يكن بدٌّ من أن يكون العوض معلوم القدر والجنس والصفة، لينتفي عنها الجهالة كالأثمان، وإذا كان كذلك فصورة مسألتنا: في امرأة خالعت زوجها على ألف، قال الشافعي: له الألف، ما لم يتناكرا.

فتقول: إن هذه الألف قد استفيد بها معرفة القدر، وبقي الجنس والصفة، فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يذكر الجنس والصفة فيقولا ألف درهم راضية فيستفاد بذكر الدراهم الجنس ويستفاد بذكر الرضية الصفة فيصير هذا العوض معلوم القدر والجنس والصفة.

فعلى هذا إن تناكرا الصفة مع اتفاقهما في القدر والجنس، فقال الزوج: هي راضية، وقالت الزوجة: هي سلامية.

وإن اختلفا ولا بينة لواحد منهما تحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا فلو كانت قيمة الراضية كقيمة السلامية تحالفا، ولم يمنع تساوي قيمتها من تحالفهما، لأنه قد يكون في أحد النوعين غرض، وإن لم يختص بزيادة قيمة.

وإن اختلفا في الجنس فقال الزوج: ألف دينار، وقالت الزوجة: ألف درهم، تحالفا أيضاً، وحكم للزوج مع تحالفهما بمهر المثل، لأن البضع قد صار مستهلكاً بالطلاق المطلوب، فاستحق الزوج قيمته وقيمة مهر المثل، وجرى مجرى تحالفهما في البيع بعد استهلاك المشتري للسلعة، فيلزمه قيمتها.

وإن اختلفا في القدر فقال الزوج: على ألف، وقالت الزوجة: على مائة، تحالفا ورجع الزوج عليها بعد التحالف بمهر المثل قليلاً كان أو كثيراً، فهذا قسمٌ.

والقسم الثاني: أن يذكر الجنس ويغفلا ذكر الصفة فيقولا عليّ ألف درهم، فينتظر فإن كان للبلد نقد غالب في الدراهم انصرف إطلاق الجنس إلى الأغلب من دراهم البلد، لأنه عرف يحمل المطلق عليه، كما تقول فيمن باع عبداً بألف درهم لم يصفها أنها تكون من غالب دراهم البلد، فلو كان للبلد أنواع من الدراهم، وليس أحدهما بأغلب من غيره بطل البيع، وفسد الخلع، لأنه لم يوجد عرف يحمل المطلق عليه، وإذا حمل إطلاق الدراهم على الأغلب من دراهم البلد فاختلفا في الجنس والقدر تحالفا.

كذلك لو اختلفا في الإطلاق فادّعاه أحدهما ليستحق به الأغلب من دراهم البلد فاختلفا في الجنس أو القدر تحالفا وادعى غيره تعيينه بصفة من دراهم غيرها تحالفا وحكم له بمهر المثل من غالب نقود المهر.

والقسم الثالث: أن لا يذكر بعد القدر جنساً ولا صفة فيقولان عليّ ألف ولا يقولا من أي شيء فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكونا قد أشارا إلى جنس وصفة قد تقررا بينهما قبل العقد، فيحملان على ذلك، لأنه معلوم عندهما وإن كان مجهولاً عند غيرهما فإن اختلفا في ذلك تحالفا على ما مضى.

والضرب الثاني: أن لا يشيرا بذلك إلى شيء من الأجناس فهذا خلع فاسد يقع فيه الطلاق بائناً ويستحق فيه الزوج مهر المثل، لأن إطلاق القدر يتناول كل جنس من دراهم ودنانير وثياب وعبيد فصار العوض مجهولاً فبطل ولم يبطل الخلع، لاستهلاك البضع فيه بالطلاق، فأوجب مهر المثل، لأنه عن بدل فاسد.

فإن قيل: فهلا حملتم إطلاق الألف على الأغلب مما يتعامل به أهل البلد وهو الدراهم كما حملتم إطلاق الدراهم على الأغلب من دراهم البلد.

قيل: لأنه إذا لم يذكر الجنس كثرت فيه الجهالة فبطل، وإذا ذكر الجنس قلت فيه الجهالة فصح فعلى هذا إن اختلفا في هذا القسم فهو على ضربين:

أحدهما: أن يدعي أحدهما إطلاق الألف ويدعي الآخر تعيينها بذكر الجنس فإنهما يتحالفان، لأن مدعي إطلاق الألف يدعي مهر المثل، ومدعي ذكر الجنس يدعيها من ذلك الجنس فيتخالفان ومدعي مثل هذا في البيع لا يوجب التخالف، لأن أحد المتبايعين لو قال: تبايعنا هذا العبد بألف لم نسمها وقال الآخر بل بألف سميناها وذكر جنسها فلا تحالف بينهما ويكون القول قول من أنكر ذكر الجنس لأنه يذكر فساد العقد والآخر يدعي صحته، وإذا اختلفا في صحة البيع وفساده فالقول قول من ادعى فساده دون صحته، لأنه منكر للعقد وليس كذلك الخلع لأن الطلاق يقع في صحيحه وفاسده فتخالفا على صحيحه وفاسده.

والضرب الثاني: أن لا يدعي أحدهما ذكر الجنس ولكن يقول أحدهما: أردناه بقلوبنا ويقول الآخر: لم نرده، أو يقول أحدهما: أردنا الدراهم، ويقول الآخر: أردنا الدنانير ففي جواز تحالفهما فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن ضمائر القلوب لا تعلم إلا بالقول.

والوجه الثاني: يجوز أن يتحالفا لأنه قد يكون بينهما من أمارات الأحوال ما تدل على ضمائر القلوب كالأحوال والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ قَالَتْ عَلَيَّ أَلْفٌ ضَمِنَهَا لَكَ غَيْرِي أَوْ عَلَى أَلْفِ فِلْسٍ وَأَنْكَرَ تَحَالَفَا وَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: جمع الشافعي هاهنا بين مسألتين:

إحداهما: أن تقول الزوجة خالعتك على ألف فلس، ويقول الزوج: بل خالعتك على ألف درهم، فقد اتفقا على الخلع، واختلفا في العوض، فيتحالفان ويقع طلاقه بائناً، ويحكم له عليها بمهر المثل، على ما مضى.

وما أجاب به الشافعي من تحالفهما فيها صحيح.

وأما المسألة الثانية: فهو أن يقول الزوج: خالعتك على ألف درهم عليك، فتقول: خالعتني على ألف درهم ضمنها لك غيري فهذا ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تقول الزوجة قد خالعتك عليها لكن ضمنها لك فلان عني فلا تحالف بينهما، لأن الضمان زيادة وثيقة لا تبرأ به المضمون عنه، وله مطالبتها بالألف لأن لصاحب الحق مطالبة المضمون عنه ولا يكون الضمان مانعاً من مطالبته فهذا القسم مما لا تخالف فيه على ما بيّناه ولا يتناوله مراد الشافعي.

والقسم الثاني: أن تقول: خالعتني على ألف درهم لي في ذمة غيري، ويقول الزوج: بل خالعتك على ألف درهم في ذمتك فقد اتفقا في هذا القسم على الخلع واختلفا في الألف، فالزوج يدعي أنها ألف في ذمتها والزوجة تدعي أنها ألف في ذمة غيرها، وما في ذمتها غير ما في ذمة غيرها، وإن كان جميعاً في ملكها فصار ذلك كاختلافهما في العوض فيقول الزوج: خالعتك على هذا العبد، فتقول الزوجة: بل خالعتني على هذا العبد الآخر فيتحالفان كذلك هاهنا، لأن اختلاف الذمتين كاختلاف العبدين ويكون له مهر المثل في ذمتها، ويجوز أن يكون هذا القسم هو الذي أراده الشافعي.

والقسم الثالث: أن يقول الزوج خالعتك على ألف درهم فتقول الزوجة بل خالعك فلان على ألف درهم عليه دوني، فهذه مثل أن تكون قد خالعته بشيء ومقرة بغيرها بأنه خالع الزوج عنها فلا تحالف بينهما لأنها منكرة للعقد، والتحالف إنما يكون مع الاعتراف بالعقد والاختلاف في صفة، فيكون القول قولها مع يمينها ولا شيء عليها، ولا يقبل قولها على الغير بأنه خالع الزوج عنها، ويقع طلاق الزوج بائناً لأنه مقراً بأنها بانت منه بألف قد استحقها.

فإن قيل: فإذا لم يحصل له الألف بالجحود فينبغي أن لا يلزمه الطلاق بالإقرار، كما لو ادعى أنه باع عبده على زيد بألف وأنكره زيد لم يزل ملكه عن العبد وإن اعترف ببيعه على زيد، لأن الثمن لم يحصل به بجحود زيد.

قيل: الفرق بينهما أن البيع لا ينفك عن الثمن، فإذا لم يحصل له الثمن لم

يلزمه البيع، والطلاق قد ينفك عن العوض، فجاز أن يلزمه الطلاق، وإن لم يحصل له العوض فهذه ثلاثة أقسام يختلف أحكامها في التحالف والعوض.

فالقسم الأول لا تحالف فيه، ويستحق فيه العوض فلا يدخل فيما ذكره الشافعي من التحالف.

والقسم الثاني يتحالفان ويستحق فيه مهر المثل ويدخل فيما ذكره الشافعي من التحالف.

والقسم الثالث: لا يتحالفان فيه ولا يستحق فيه العوض ولا يدخل فيما ذكره الشافعي من التحالف والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى الأَلْفِ إِنْ شِئْتِ فَلَهَا المَشِيئَةُ وَقْتَ الْخِيَارِ».

قال الماوردي: هذه المسألة تشتمل على سؤالين وجوابين فالسؤالان:

أحدهما: قول المرأة: طلقني على ألف.

والثاني: قول الرجل إن شئت.

وأما الجوابان **فأحدهما** قول الرجل: أنت طالق على ألف.

والثاني: قول المرأة: إن شئت، فإذا بدأت المرأة بالطلب فقالت: طلقني على ألف درهم، فإن عجل جوابها في الحال فقال: أنت طالق على ألف، تم الخلع بسؤال واحد وجواب واحد،. وصار سؤالها طلباً وجوابه إيجاباً، فتم الخلع، ولم تحتج المرأة إلى القبول بعد الإيجاب، وإن لم يتعجل طلاق الرجل لها حتى تراخى خرج طلاقه عن حكم الإيجاب وصار بدلاً وكأنه ابتدأها من غير طلب منها فقال لها: أنت طالق على ألف فلا يتم الخلع بعد بذله حتى تقول الزوجة في الحال: قد قبلت، فيتم الخلع بالبذل والقبول، لأن تراخي جواب الزوج عن طلب الزوجة يخرجه من حكم الإيجاب المستحق على الفور بعد الطلب، ويجعله حكم البذل المستبدأ.

فأما إن قيد الزوج جوابه بشرط وهي مسألة الكتاب فقال عقيب قولها: طلقني على ألف: أنت طالق على ألف إن شئت، فتمام الخلع أن يوجد منها شرط الطلاق، فتقول: قد شئت، ولا يمنع وقوع الخلع بهذا الشرط، وإن كان من عقود المعاوضات تغليباً لحكم الطلاق المعلق بالصفات وبالشروط، وإذا كان كذلك فمشيئتها وإن كانت بالقلب فلا تعلم إلا بقولها: قد شئت، فإذا قالت: قد شئت، صار القول مشيئة منها، وإن كان اختياراً عنها، ومن شروط المشيئة أن تكون على الفور، فإنها لا تصير قبولاً

لبذل، وقد قال الشافعي «فلها المشيئة في وقت الخيار» فاختلف أصحابنا في معنى قوله وقت الخيار على وجهين:

أحدهما: وهو قول البصريين أنه أراد خيار القبول بعد البذل، فعلى هذا من صحة مشيئتها أن تكون على الفور، من غير مهلة، كما يكون قبول البذل على الفور من غير مهلة.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين أنه أراد خيار الجواب بعد السؤال وهو أن تشاء في المجلس قبل تطاول الزمان وبُعْدِه، وقبل أخذها في غيره وإن كان بينهما مهلة يسيرة، كما يكون في العرب جواباً للسؤال، وعلى كلا الوجهين إن تراخى زمان مشيئتها لم يصح.

وقال أبو حنيفة: خيارها في المشيئة ممتد على التراخي.

وأصله اختلافنا وإياه إذا قال لها: اختاري نفسك، فعنده أن خيارها ممتد، وعندنا أن خيارها على الفور والكلام معه يأتي.

فصل: ولو قالت له: طلقني بألف، فقال: أنت طالق على ألف إن كنت حائلاً، فإن كانت حاملاً فلا طلاق عليه، وإن كانت حائلاً وقع الطلاق بائناً، وكان لها مهر المثل دون الألف لأن الخلع عقد معاوضة لا يصح تعليقه بصفة، فلذلك بطل المسمى فيه لبطلانه ووجب مهر المثل، ولا يحكم له بمهر المثل إلا بعد وضعها ليعلم به يقين حملها، لأنه قد يجوز أن تكون غلطاً، وفي تحريم وطئها عليه في حال الحمل وقبل الوضع وجهان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِنْ أَعْطَتْهُ إِيَّاهَا فِي وَقْتِ الْخِيَارِ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ وَسَوَاءٌ هَرَبَ الزَّوْجُ أَوْ غَابَ حَتى مَضَى وَقْتَ الْخِيَارِ أَوْ أَبْطَأَتْ هِيَ بِالأَلْفِ».

قال الماوردي: وهذا الكلام الذي نقله المزني هاهنا عن الشافعي مبتور لا يستقل بنفسه وقد اختلف أصحابنا فيه.

فقال بعضهم: هو عطف على المسألة التي قبلها إذا قالت له طلقني على ألف، فقال: أنت طالق على ألف إن شئت، فإن شاءت في وقت الخيار على الفور لزمه، سواء أعطته الألف في وقت الخيار، أو أخرتها لهرب الزوج، أو لإبطائها لأن العطية تصير شرطاً في القبول فيراعى فيها الفور.

وقال الأكثرون من أصحابنا بل هي مسألة مبتدأة أغفل المزني ذكرها، ونقل جوابها، وقد نقلها الربيع في كتاب الأم، وذكر فيها هذا الجواب، وصورتها: أن يقول الزوج لامرأته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فإن أعطته في وقت الخيار عاجلاً وقع

الطلاق، وإن أخرت دفع الألف إما لسبب من جهة الزوج بأن غاب أو هرب، وإما لسبب من جهتها بأن أبطأت لعذر أو غير عذر لم يقع الطلاق، لأن دفع الألف قد صار شرطاً في الخلع فروعي فيه الفور كالقبول لكن الفور فيه معتبر بحال الجواب، يجوز أن يكون بينهما مهلة يسيرة وجهاً واحداً، بخلاف المشيئة في أحد الوجهين، لأن هذا فعل والمشيئة قول وزمان الفعل أوسع ومن زمان القول.

ثم نقل الربيع في الأم مع هذه المسألة والتي قبلها مسألة ثالثة أغفلها المزني هاهنا، وهو أن يقول لها الزوج: إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق، فإن ضمنتها على الفور في الحال طلقت سواء دفعتها في الحال، أو أخرتها، وإن لم تضمنها على الفور حتى تراخي الوقت لم تطلق سواء دفعتها في الحال، أو أخرتها، لأن شرط الخلع هو الضمان دون الدفع فلذلك روعي تعجيل الضمان، ولم يراعى تعجيل الدفع والفور هاهنا معتبر بفور القبول بعد البذل وجهاً واحداً بخلاف المشيئة في أحد الوجهين، لأنهما، وإن كانا معاً بالقول فالضمان قبول محض فساواه، والمشيئة جارية مجراه فصار تحرير هذه المسائل الثلاث أنه متى علق الخلع بدفع الألف روعي فيه خيار الجواب فجاز بعد مهلة يسيرة، وإن علق بضمان الألف روعي فيه خيار القبول، فلم يجز بعد مهلة يسيرة وإن علق بالمشيئة فعلى وجهين:

أحدهما: يراعى فيه خيار الجواب كالدفع.

والثاني: يراعى فيه خيار القبول كالضمان.

فصل: فأما إن اختلف حرف الشرط بأن وإذا، فهما معاً حرفا شرط فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون ذلك في خلع يستحق فيه العوض فيقول لها: أنت طالق على ألف إن شئت، أو يقول لها: أنت طالق على ألف إذا شئت، فهما سواء ويعتبر وجود المشيئة منهما على الفور: «إن»، و«إذا»، لأن دخول العوض فيه يجعله تمليكاً يراعى فيه حكم القبول فاستوى حكم إذا وإن في اعتبار الفور فيهما فإن تراخى الوقت في أحدهما بطل.

والضرب الثاني: أن يكون في غير خلع وبغير عوض، فإن قال لها: أنت طالق إن شئت، روعي مشيئتها على الفور فإن تراخت بطلت، ولم تطلق وإن قال: أنت طالق إذا شئت صحت مشيئتها على التراخي، فمتى شاءت طلقت، لأنهما وإن كانا حرفي شرط «فإن» شرط في الفعل، و«إذا» شرط في الوقت، لأنه يحسن أن يقال: إن تأتني آتك، ولا يحسن أن يقال: إذا تأتيني آتك، فلما كانت إن شرطاً فى الفعل، وهو

مقصود روعي تقديمه فصار على الفور، ولما كان «إذا» شرطاً في الوقت، وكان جميعه متساوياً صار على التراخي.

والضرب الثالث: أن يدخل معهما حرف النفي فيكون حكمهما بضد ما تقدم مثاله أن يقول: إن لم تشائي فأنت طالق فيكون على التراخي، فمتى شاءت لم تطلق، ولو قال: إذا لم تشائي فأنت طالق فيكون ذلك على الفور، فإن شاءت في الحال لم تطلق، وإن لم تشاء حتى تراخي الزمان طلقت، كمن لم تشاء لأنهما وإن كانا حرفي شرط فإن موضوعة للشك والتوهم فصارت بالنفي على التراخي لتفيد بفوات الفعل يقيناً فذلك جعلت على التراخي، وليس كذلك إذا لأنها موضوعة لليقين، فإذا تأخر الفعل عن وقت إمكانه فقد خالف موضوعه فلذلك صار على الفور.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَعْطَتْهُ إِيَّاهَا زَائِدَةً فَعَلَيْهِ طَلْقَةٌ لأَنَّهَا أَعْطَتْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَزِيَادَةً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فقد ذكرنا إن أعطته الألف يكون على الفور في وقت الخيار، وهو خيار الجواب، لا خيار القبول، فإذا أعطته الألف لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تعطيه ألفاً كاملة من غير زيادة ولا نقصان، فقد طلقت واحدة إن لم يرد الزوج بقوله: أنت طالق أكثر منها، وسواء دفعت الألف إليه في دفعة واحدة أو في دفعات إذا كان دفع جميعها في وقت الخيار، لأن دفع الألف قد وجد مع الافتراق.

والقسم الثاني: أن تدفع إليه أكثر من ألف، كأنها دفعت إليه ألفين، فإن دفعت الزيادة مفردة طلقت إجماعاً، وإن دفعت الزيادة مع الألف فقد ذهب بعض أهل العراق إلى أنها لا تطلق، وتكون الزيادة معتبرة بصفة الشرط كالنقصان، ولأنه لو قال: قد بعتك داري بألف فقال قد اشتريتها بألفين لم يصح، وإن كانت الألف داخلة فيها فكذلك في الطلاق، وهذا خطأ، لأن وجود الصفة مع الزيادة لا تمنع من ثبوت حكمها من غير زيادة، كما لو أعطته ألفاً وعبداً طلقت، ولا يمنع زيادة العبد من وقوع الطلاق لوجود الألف، كذلك لا تمنع الزيادة على الألف من وقوع الطلاق، لوجود الألف فأما النقصان فلا يقع به الطلاق، لعدم الألف.

فأما الجواب عن البيع فالفرق بينهما أن الطلاق معلق بصفة فلم تمنع الزيادة عليها من ثبوت حكمها، والبيع معاوضة تتم بالقبول الموافق للبدل فافترقا فإذا تقرر وقوع الطلاق مع دفع الزيادة، فلها استرجاع الزيادة، ولا يملكها الزوج بالأخذ وإن ملك الألف إلا أن يقبضها بالهبة فيملكها بالهبة ويملك الألف بالخلع.

والقسم الثالث: أن تدفع إليه أقل من ألف درهم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون نقصانها في العدد دون الوزن كأنها دفعت إليه ألف درهم وازنة عددها أقل من ألف، فالطلاق واقع لأن الطلاق بإطلاق الدراهم يتناول الوازنة دون المعدودة شرعاً كالزكاة، وعرفاً كالبيع، فصارت الصفة موجودة بكمال الوزن مع نقصان العدد فلذلك وقع الطلاق.

والضرب الثاني: أن تكون ناقصة الوزن كاملة العدد، فلا طلاق، لأن الصفة لم تكمل شرعاً ولا عرفاً، إلا أن يكون ذلك في بلد جرت عادة أهله أن يتعاملوا فيه بالدراهم عدداً لا وزناً، فيقع الطلاق بكمال العدد مع نقصان الوزن تغليباً للعرف دون الشرع، ولا تطلق مع هذا العرف بنقصان العدد مع كمال الوزن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَعْطَتْهُ إِيَّاهَا رَدِيئَةً فَإِنْ كَانَتْ فِضَّةً يَقَعُ عَلَيْهَا اسْمُ دَرَاهِمَ طُلِّقَتْ وَكَانَ عَلَيْهَا بَدَلَهَا فَإِنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا اِسْمُ دَرَاهِمَ لَمْ تُطَلَّقْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعين تلك الألف فيقول: إن أعطيتني هذه الألف فأنت طالق فلا يقع الطلاق إلا بدفعها، فإن أعطته غيرها لم تطلق، وإن كانت مثلها أو أجود منها لعدم الشرط في دفع غيرها.

والضرب الثاني: أن لا يعين الألف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصف الألف.

والثاني: أن لا يصفها.

فإن وصفها كان دفعها على تلك الصفة شرطاً في وقوع طلاقها، وإن دفعتها على غير تلك الصفة سواء كان ما دفعته من غالب دراهم البلد، أو من غيرها إذا لم توجد تلك الصفة فيها ثم إذا دفعتها على تلك الصفة ملكها.

والضرب الثاني: أن لا يصف الألف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون للبلد نقد غالب من الدراهم فهل يصير نقد البلد كالصفة المشروطة في وقوع الطلاق بها أو لا على وجهين:

أحدهما: أنه يصير كالصفة المشروطة فإن دفعت إليه من غير نقد البلد لم تطلق وإن كان اسم الدراهم عليها منطلقاً، لأنه لما كان نقد البلد كالصفة المشروطة في

العقود كان كذلك في الطلاق فعلى هذا إن دفعت إليه من نقد البلد طلقت وملكها، وإن دفعت إليه من غير نقد البلد لم تطلق ولم يملكها.

والوجه الثاني: دون العرف فإن دفعت إليه من غالب دراهم البلد، طلقت، وملك تلك الدراهم، وإن دفعت من غير دراهم البلد طلقت وإن لم يملك تلك الدراهم لأنه يملكها بعقد فاعتبر فيها العرف من غالب دراهم البلد واعتبر في الطلاق ما يقع عليه اسم الطلاق، وكان له عليها ألف من غالب دراهم البلد، لأنها تملك عن معاوضة تعتبر فيها غالب الدراهم.

والضرب الثاني: أن يكون للبلد نقود مختلفة وليس واحد منها بأغلب من غيره فأي دراهم دفعتها إليه مما ينطبق اسم الدراهم عليها طلقت بها، ولم يملكها الزوج، وكان له عليها مهر مثلها قولاً واحداً، لأنه ليس العوض معيناً ولا موصوفاً ولا فيه نقد مستحق مثله.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من هذا التفصيل، وطلقها على ألف درهم دفعتها إليه فطلقت بها، وملكها في الظاهر على ما بيناه، ثم بان له أن الدراهم رديئة معيبة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الألف معيباً فلا يخلو عيبها من أن يخرجها من جنس الصفة أو لا يخرجها فإن أخرجها من جنس الصفة فكانت نحاساً أو رصاصاً لم يقع الطلاق، لأنه قد تضمن وقوع الطلاق بدفعها أن تكون من دراهم الفضة، فإذا لم توجد هذه الصفة فيها لم يقع الطلاق لعدم الصفة، وإن كانت من جنس الفضة وقع الطلاق لوجود الصفة، وهو لأجل العيب بالخيار بين المقام أو الرد، فإن أقام لم يرجع بأرشها وإن ردّ فماذا يرجع؟ على قولين:

أحدهما: بمثلها غير معيبة.

والثاني: بمهر المثل.

والضرب الثاني: أن تكون الألف غير معيبة فعلى ضربين.

أحدها: أن يكون عيبها لا يخرجها من جنس الصفة، وإنما هي من رديء الفضة وخشنها لرداءة معدنها، فالطلاق هاهنا قد وقع، وهو بالخيار بين أن يسمح بعيبها كما يسمح بعيب المعيب وبين أن يردها ويرجع بمثلها من جيد الفضة غير معيب ولا يرجع بمهر المثل قولاً واحداً، لأن حقه في ألف درهم غير معينة.

والضرب الثاني: أن يكون عيبها ورداءتها قد أخرجها من جنس الفضة لما فيها من رصاص أو ماس فالطلاق هاهنا غير واقع، لأنه جعل طلاقها مشروطاً بدفع ألف درهم، وهذه لما فيها من الغش أقل من ألف درهم، فلم تُطَلَّق لنقصان الفضة، ولكن

لو دفعت إليه أكثر من ألف درهم فيها من الفضة ألف درهم طلقت لوجود الفضة وزيادة الغش، وله بدلها إن شاء.

فإن قيل: فعلى هذا إن دفعت إليه ألف درهم نقرة فضة ينبغي على هذا التعليل أن تطلق.

قيل: لا تطلق بالفضة النقرة وإن طلقت بالفضة في الدراهم المغشوشة، لأن النقرة لا ينطلق اسم الدراهم عليها، وإن كانت فضة، والدراهم المغشوشة ينطلق اسم الدراهم عليها إذا كان فيها فضة فافترقا في الحكم لافتراقهما في الاسم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ مَتى أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ فَذَلِكَ لَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَخْذِهَا وَلاَ لَهَا إِذَا أَعْطَتْهُ أَنْ تَرْجِعَ فِيهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قال لها متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو متى ما أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فهما سواء، لأن ما حرف صلة تدخل في الكلام للتأكيد لا يفيد نفياً ولا إثباتاً كقوله تعالى: ﴿فبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ﴾ [آل عمران: ١٥٩]. أي فبرحمة من الله، وإذا كان كذلك فأي وقت أعطيته الألف طلقت على الفور أو على التراخي، لأن متى حرف وُضِعَ للتراخي في الأوقات، وهكذا لو قال: أي وقت أعطيتني ألفاً، أو في أي زمان أعطيتني ألفاً فأنتِ طالق، فهو على التراخي متى أعطته الألف طلقت، لا يختص بوقت دون وقت، ولا بالفور دون التراخي، لأن كل هذه الحروف يختص بالزمان فعمت جميع الأزمان.

فإن قيل: أفليس لو قال إن أعطيتني ألفاً أو قال: إذا أعطيتني ألفاً أنت طالق أنه يكون على الفور، وإن اختلف حكم إن وإذا في الشرط، لأن اقتران العوض بهما سوى بين حكميهما في الفور تغليباً لحكم العوض المستحق قبوله على الفور فهلا كان قوله متى أعطيتني ألفاً يجب حمله على الفور، وإن كان موضوعاً للتراخي تغليباً لحكم العوض.

قيل: الفرق بينهما أن إذا وإن من حروف الشرط التي لا تختص بالزمان، و«متى» من حروف الزمان التي تعم جميعها حقيقة والعوض مختص بالفور من طريق الاستدلال، لا من طريق الحقيقة فإذا اقترن بحرف الشرط حُمِلَ على مقتضاه من الفور، وإن كان بالاستدلال، لأنه لم تعارضه ما ينافيه، وإذا اقترن بحرف الزمان الموجب للتراخي حمل على التراخي، لأن ما أوجب التراخي من طريق الحقيقة غير محتمل، وما أوجب الفور من طريق الاستدلال محتمل، كما تقول في القياس إنه يخص بالعموم، لأنه محتمل ولا يخص النص، لأنه غير محتمل، فإذا دخل على «متى»

حرف النفي فقال لها: متى لم تعطني ألفاً فأنت طالق، فاقتضى ذلك الفور على التراخي، فمتى جاء زمان يمكنها دفع الألف فيه فلم تدفعها طلقت، والفرق بينهما هو أن متى يختص بالزمان، فإذا اقترن به الإثبات صار تقديره متى جاء زمان أعطيتني فيه ألفاً فأنت طالق، فإذا أعطته بعد تراخي الزمان فقد جاء زمان دفعت فيه الألف فطلقت.

فأما إذا اقترن به حرف النفي صار تقديره متى جاء زمان لم تدفعي فيه ألفاً فأنت طالق، فإذا مضى زمان المكنة فقد جاء زمان يمكنها دفع الألف فيه فطلقت.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فليس للزوج بعد انعقاد الطلاق على هذه الصفة أن يبطلها ولا أن يرجع فيها، وإن كان فيه معاوضة لم يقبل تغليباً لحكم الطلاق بالصفة دون المعاوضة، كما لو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يكن له إبطال ما علقه من الطلاق بدخول الدار، وإنما غلب حكم الطلاق بالصفة على حكم المعاوضة لأنه لو جَنَّ أو أغمي عليه لم يبطل، ولو كان حكم المعاوضة أغلب كما يبطل به بذل البيع قبل القبول.

فأما الزوجة فليس عليها دفع الألف وهي في دفعها بالخيار لأمرين:

أحدهما: أنه موقع لطلاقها، وليس عليها فعل ما أوقع طلاقها كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يلزمها دخول الدار لتطلق.

والثاني: أنه قبول معاوضة فلم يجز عليها كقبول البيع.

وإذا كانت بالخيار فمتى أعطته الألف فأخذها طُلِّقَتْ، وإن أعطته فلم يأخذها فإن كان لتعذر أخذها عليه إما لغيبة أو حبس أو جنون لم تطلق، لأن الإعطاء لم يكمل، وإن كان مع تمكنه من أخذها طلقت، لأن الإعطاء قد وجد، وهو التمكين من الأخذ بفعل المعطى، وإن لم يقترن به الأخذ، ألا تراهم يقولون: قد أعطاني فلم آخذ منه، ثم إذا طلقت بإعطاء الألف قبل أخذها فقد استحق الألف وإن لم يأخذها، لأنها في مقابلة ما لزمه من الطلاق، فليس لها أن تمنعه منها بعد وقوع الطلاق عليها، وهل يتعين استحقاقه لتلك الألف أم لا فيه وجهان:

أحدهما: قد تعين استحقاقه لتعين الطلاق بها، فإن أرادت دفع غيرها لم يجز.

والوجه الثاني: أنه لم يتعين استحقاقه لها وإن طلقت بها لأن استحقاق العين إما أن يكون لتعينها بالعقد أو بالقبض، ولم يوجد واحد منهما في هذه الألف فكانت بالخيار في دفعها أو دفع ألفٍ مثلها.

فصل: ولو قال: أنت طالق إذا أعطيتني ألفاً، طُلِّقت في الحال، لأنه مقر أنها أعطته ألفاً على طلاقها، لأن «إذا» تختص بماضي الزمان دون مستقبله، و«إذا» تختص بمستقبل الزمان دون ماضيه، فإن أنكرته ذلك وطالبته بالألف لزمه ردها، لأنه مقر بقبضها ومدع استحقاقها فلزمه إقراره ولم يقبل منه دعواه ويقع طلاقه بائناً، وإن رد الألف لاعترافه به، وهكذا لو قال: أنت طالق أن أعطيتني ألفاً بفتح الألف، ولأن أن المفتوحة لماضي الزمان دون مستقبله «وإن» بالكسر لمستقبل الزمان دون ماضيه والفرق بينهما كالفرق بين إذ، وإذا، فإن طالبته بالألف عند إنكارها للخلع لزمه ردّها لاعترافه بأخذها، وله إحلافها على إنكارها وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي ثَلَاثاً وَلَكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَهُ ثُلُثُ الأَلْفِ وإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً فَلَهُ الأَلْفُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قالت له طلقني ثلاثاً بألف، فإن طلقها ثلاثاً، فله جميع الألف، وإن طلقها واحدة كان له ثلث الألف، لأن الألف جُعِلَتْ عوضاً على مقابلة ثلاثة أعداد متساوية فقسطت عليها، وكان قسط كل واحد منهما ثلث الألف، فاقتضى أن يستحق بكل طلقة منها، ثلث الألف، كما لو أَبِقَ منه ثلاثة أعبد فقال من جائني بهم فله دينار فَجِيءَ بواحد منهم لزمه ثلث الدينار، لأن الدينار قابل ثلاثة أعداد متساوية فتقسط عليهم أثلاثاً متساوية.

فإن قيل: أفليس لو قال لها إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثاً، فأعطته ثلث الألف لم تطلق بها واحدة، وإن قابلت ثلث الألف فهلا كان في مسألتنا إذا طلقها واحدة لم تستحق ثلث الألف.

قيل: الفرق بينهما أن المغلب في الخلع من جهة الزوجة حكم المعاوضة، فجاز أن يقسط العوض على أعداد المعوض، والمغلب فيه من جهة الزوج حكم الطلاق بالصفة، والصفة إذا تبعضت لم يتبعض ما علق بها من الطلاق، ولا يقع إلا بكمالها، كما لو قال لها: إذا دخلت الدار ثلاثاً فأنت طالق ثلاثاً، فدخلتها مرة لم تطلق حتى تستكمل دخولها ثلاثاً، فتطلق ثلاثاً، فصحّ الفرق بينهما واستحق بالطلقة الواحدة ثلث الألف، لأنه قد ملكها ثلث ما سألت، فاستحق عليها ثلث ما بذلت، وهكذا لو طلقها طلقتين استحق بهما ثلثي الألف، لأنه قد ملكها ثلثي ما سألت، فاستحق عليها ثلثي ما بذلت، فلو طلقها واحدة ونصف طلقت ثنتين، لأن الطلاق لا يتبعض، وفي قدر ما يستحقه من الألف وجهان:

أحدهما: ثلثي الألف، لأنها قد طلقت طلقتين من ثلاث طلقات.

والوجه الثاني: أنه يستحق نصف الألف لأنه قد أوقع عليها نصف الثلاث وأن ما يكمل بالشرع لا يفعله.

فصل: ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فقال: أنت طالق وطالق ثم طالق، وقال: نويت أن تكون الألف في مقابلة الثلاث، طلقت الأولى وحدها، وكان له ثلث الألف، ولم تقع الثانية والثالثة، لأنه إذا جُعِلَ للأولى فظاهر الألف صارت مختلعة لا يلحقها طلاق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَقِيَ عَلَيْهَا إِلَّا طَلْقَة فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً كَانَتْ لَهُ الأَلْفُ لأَنَّهَا قَامَتْ مَقَامَ الثَّلاَثِ فِي أَنَّهَا تُحَرِّمُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرُهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقِيَاسُ قَوْلِهِ مَا حَرَّمَهَا إِلَّا الأُولَيَانِ مَعَ الثَّلاَثَةِ كَمَا لَمْ يُسْكِرْهُ فِي قَوْلِهِ إِلَّا القَدَحَانِ مَعَ الثَّالِثِ وَكَمَا لَمْ يَعم الأَعْوَرَ الْمَفْقُوءَةَ عَيْنُهُ الْبَاقِيَةُ إِلَّا الْفَقْءُ الأَوَّلُ مَعَ الْفَقْءِ الآخِرِ وَأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْفَاقِيءِ الأَخِيرِ عِنْدَهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ فَكَذَلِكَ يَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ لَمْ يُحَرِّمْهَا عَلَيْهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرُهُ إِلَّا الأُولَيَانِ مَعَ الثَّالِثَةِ فَلَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا ثُلُثُ الأَلْفِ بِالطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل طلق زوجته طلقتين، وبقيت معه على واحدة، فقالت له: طلّقني ثلاثاً بألف، فقال لها: أنت طالق واحدة، أو قال: أنت طالق الثالثة، أو قال: أنت طالق ثلاثاً بألف، فكل ذلك سواء، ولا تطلق منه إلا واحدة، لأن الباقي له عليها طلقة واحدة.

قال الشافعي: كانت له هذه الطلقة الواحدة جميع الألف ثم علل الشافعي في استحقاقها لجميع الألف بأن هذه الطلقة الواحدة قد قامت مقام الثلاث في أنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره، فصار لها بهذه الطلقة الواحدة مقصودها بالطلاق الثلاث وهو التحريم التي لا تحل معه إلا بعد زوج فاستحق بها ما يستحق بالثلاث، وهو جميع الألف.

فاعترض المزني على الشافعي فقال: «ينبغي أن لا يستحق إلا ثلث الألف، لأن قياس قوله «ما حرمها إلا الأوليان مع الثالثة كما لم يسكره في قوله إلا القدحان مع الثالث وكما لم يعم الأعور المفقوءة عينه الباقية إلا الفقوء الأول مع الفقوء الآخر، وأنه ليس على الفاقىء الأخير إلا نصف الدية، كذلك يلزمه أن يقول: لم يحرمها عليه حتى تنكح زوجاً غيره إلا الأوليان مع الثالثة فليس أن يقول عليها إلا ثلث الألف بالطلقة الثالثة.

فاختلف أصحابنا لهذا الاعتراض على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن الحكم على ما قاله المزني من أنه لا يستحق بالثالثة إلا ثلث الألف سواء علمت أن الباقي عليها طلقة أو لم تعلم، تعليلاً بما استشهد به المزني من حال السكر بالقدح الثالث أنه يكون به وبالأوليين ويفقىء عين الأعور أنه يكون ذهاب البصر بالفقء الثاني مع الأول.

والوجه الثاني: أن جواب الشافعي صحيح على ظاهره، وأن له جميع الألف بالطلقة الثالثة تعليلاً بما ذكره من حصول التحريم بها كحصوله بالثلاث، سواء علمت أن الباقي عليها طلقة أو لم تعلم، وانفصلوا عن استشهاد المزني بالسكر والفقء بأن لكل واحد من الأقداح الثلاثة تأثير في مبادىء السكر بالأول وبوسطه وبالثاني وكماله بالثالث، وكذلك الفقء الأول قد أثر في ضعف النظر، وقلة البصر ثم ذهب بالثاني، وليس كذلك حال الطلقتين الأولتين، لأنه لم يتعلق بهما شيء من تحريم الثلاث وكانت تحل بالرجعة بعدهما، كما تحل قبلهما، ثم وقعت الثالثة فتعلق بها جميع التحريم فصار ما استشهد به مفارقاً للطلاق.

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي أن جواب الشافعي مفروض على أن الزوجة علمت أن الباقي له عليها طلقة واحدة، فصار قولها طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك ثلاثاً محمولاً على أنها أرادت الثالثة، فلذلك كان له جميع الألف ولو لم تعلم أن الباقي له طلقة واحدة وظنت أنه يملك معها ثلاث طلقات لم يكن له إلا ثلث الألف، لأنها لم تبذل الألف إلا في مقابلة الثلاث، فعلى هذا لو اختلف الزوجان فقال الزوج: قد علمت أيتها الزوجة أن الباقي لي عليك طلقة فلي جميع الألف.

وقالت الزوجة: بل ظننت أنك تملك الثلاث ولم أعلم أن الباقي لك تطليقة فليس لك إلا ثلث الألف فإنهما يتحالفان ويحكم له بعد التحالف بمهر المثل، لأن هذا اختلاف منهما في قدر العوض فهي تقول: خالعتك على هذه الواحدة بثلث الألف، وهو يقول: بجميع الألف، فلذلك وجب التحالف والرجوع إلى مهر المثل، وعلى هذا لو كان قد طلقها واحدة وبقيت معه على اثنتين فقالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلقها طلقتين استحق إن علمت جميع الألف، وإن جهلت ثلثي الألف، ولو طلقها واحدة استحق إن علمت نصف الألف، وإن جهلت ثلث الألف.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثاً كَانَ لَهُ الأَلْفُ وَكَانَ مُتَطَوِّعاً بِالاِثْنَتَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لأن الطلقة التي سألتها داخلة في الثلاث التي أوقعها فوجب أن يستحق عليها الألف التي بذلتها، وإن تطوع بالزيادة عليها كما لو قال له إن جئتني بعبدي الآبق فلك دينار، فجاءه بعبدين استحق الدينار، وإن تطوع بمجيئه بالعبد الآخر.

فصل: ولو قالت له طلّقني عشراً بألف فطلقها واحدة ففيما يستحقه عليها وجهان:

أحدهما: له عشر الألف وإن لم يكن الطلاق عشراً، لأنها جعلت له على كل طلقة عشر الألف.

والوجه الثاني: له ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث من الطلاق لغو لا يتعلق به حكم، ولو طلقها طلقتين كان له على الوجه الأول من الألف عشراها، وعلى الوجه الثاني ثلثاها، ولو طلقها ثلاثاً، كان له على الزوجة على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف، وعلى الوجه الثاني جميع الألف.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ بَقِيَتْ لَهُ عَلَيْهَا طَلْقَةٌ فَقَالَتْ طَلِّقْنِي بِأَلْفٍ وَاحِدَةٍ أَحْرُمُ بِهَا عَلَيْكَ واثْنَتَيْنِ إِنْ نَكَحْتَنِي بَعْدَ زَوْجٍ فَلَهُ مَهْرُ مِثْلِهَا إِذَا طَلَّقَهَا كَمَا قَالَتْ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل طلق زوجته طلقتين، وبقيت له عليها واحدة، فقالت له طلّقني ثلاثاً بألف واحدة أحرم بها عليك في هذا النكاح، واثنتان أحرم بها عليك إذا أنكحتني نكاحاً ثانياً، فالخلع في الطلاق المستقبل باطل لثلاثة معانٍ:

أحدها: أن الطلاق لا يثبت في الذمم.

والثاني: أنه لا يصح فيه السلم.

والثالث: أنه لا يقع قبل النكاح.

فأما الخلع في الطلقة الواحدة في هذا النكاح ففيه قولان من اختلاف قوليه في الصفقة الواحدة إذا اجتمعت صحيحاً وفاسداً، فأحد القولين أنه باطل في الصحيح لبطلانه في الفاسد منعاً لتفريق الصفقة، فعلى هذا الطلقة قد وقعت، وإن فسد الخلع فيها، لأن الطلاق استهلاك لا يمكن استداركه بعد وقوعه وقد وقع على بدل فاسد فوجب فيه مهر المثل وجرى على هذا القول مجرى من باع عبدين مغصوباً ومملوكاً بألف فبطل البيع بينهما، واستهلك المشتري المملوك منهما وجبت عليه قيمته كذلك هاهنا.

والقول الثاني: أن الخلع في الطلقة جائز إذا قيل: إن تفريق الصفقة جائز وإن من

باع عبدين مملوكاً ومغصوباً لم يبطل البيع في المملوك لبطلانه في المغصوب فعلى هذا فيما يستحقه الزوج بالطلقة الواحدة قولان:

أحدهما: ثلث الألف إذا قيل: يأخذ ما صح من المبيع في تفريق الصفقة بحصته من الثمن.

والقول الثاني: له جميع الألف إذا قيل إنه يأخذ ما صحّ من المبيع في تفريق الصفقة بجميع الثمن، وهل للزوجة في ذلك خيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار لها، لأن الخيار مع القدرة على رفع العقد.

والوجه الثاني: لها الخيار بين إمضاء الخلع في الطلقة بجميع الألف وبين الفسخ في الألف ودفع مهر المثل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ خَلَعَهَا عَلَى أَنْ تَكْفُلَ وَلَدَهُ عَشْرَ سِنِينَ فَجَائِزَانِ اشْتِراطاً إِذَا مَضَى الْحَوْلاَنِ نفقته بَعَدَهُمَا فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا قَمْحاً وَكَذَا زَيْتاً فَإِنْ كَفَى وَإِلاَّ رَجَعَتْ عَلَيْهِ بِما يَكْفِيهِ وَإِنْ مَاتَ رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل خالع زوجته على أن تكفل ولده عشر سنين ترضعه منها حولين وتنفق عليه بعدهما تمام العشر، فلا بد بعد ذكر الرضاع من ذكر جنس النفقة ونوعها وصفتها وقدرها وأجلها، فيقول: على أن تطعميه في كل يوم من الحنطة العراقية الصافية كذا، ومن الزيت الشامي كذا، ومن السكر الفارد كذا، ومن العسل الأبيض كذا، وإن شرط عليها مع النفقة كسوته قال: على أن تكسوه في أول كل سنة كسوة الصيف من الكتان التوزي المرتفع ثوباً طوله كذا ذراعاً في عرض كذا شبراً يقطع له منه قميصين وخمس أذرع من منير البغدادي المرتفع في عرض كذا شبراً يقطع له منه سراويل ومنديل من قصب مصر طوله كذا ذراعاً، في عرض كذا شبراً صفته كذا، وفي أول النصف الثاني من السنة كسوة الشتاء من الخز ثوباً مرتفعاً من خز الكوفة أو السندس طوله كذا ذراعاً في عرض كذا شبراً يقطعه جبة، ومن الحرير الفلاني كذا ذراعاً في عرض كذا شبراً، يقطعه قميصاً، فإذا استوفى صفة كل ما أوجبه عليها ونفقته وكسوته جنساً ونوعاً وصفة وقدراً وصار معلوماً ينتفي عنه الجهالة ومعلوم الأجل غير مجهول المدة كالموصوف في السلم ليصح به الخلع فهذه المسألة مبنية على ثلاث أصول في كل أصل منها قولان:

أحد الأصول: أن العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفي الحكم كبيع وإجارة كان على قولين وإن كان العقد قد جمع إجارة ورضاعاً وسلماً في طعام فاقتضى أن يكون على قولين.

والأصل الثاني: أن عقد السلم في جنسين بثمن واحد يكون على قولين، وهذا سلم في أجناس فاقتضى أن يكون على قولين.

والأصل الثالث: أن عقد السلم إلى أجلين يكون على قولين، وهذا أسلم إلى آجال فاقتضى أن يكون على قولين، واختلف أصحابنا في جواب هذه المسألة لاختلاف القولين في هذه الأصول الثلاثة فكان بعضهم يخرجها على قولين كالأصول الثلاثة:

أحدها: أن الخلع باطل.

والقول الثاني: أنه جائز وهو المنصوص عليه في هذا الموضع، وقال أبو إسحاق المروزي وأبو حامد المروزي وكثير من أصحابنا أن هذا الخلع يصح قولاً واحداً، وإن كان مبنياً على أصول هي على قولين لاختصاص الخلع بثلاثة معانٍ يفارق بها أصوله:

أحدها: أن النفقة هاهنا تبع للرضاع، وقد يخفف حكم التبع عن حكم الانفراد كما يجوز بيع ما لم يؤبر من الثمرة تبعاً لنخلها، ولا يجوز بيعها بانفرادها، وكما يجوز بيع الحمل تبعاً للأمة، ولا يجوز بيعه مفرداً عنها.

والثاني: أن الضرورة دعت إلى الجمع بين هذه الأجناس بعقد واحد، لأن عقد الخلع إذا أفرد بأحدهما لم تصح بعده عقد خلع آخر فدعت الضرورة إلى جمعه في عقد واحد، وليس كذلك غيره من العقود.

والثالث: أن عقد الخلع مفاداة قصد بهما استنقاذهما من معصية فكان حكمه أوسع من سائر العقود كما وسع في جوازه عقده على الصفات التي لا يجوز مثلها في عقود البياعات.

فصل: فإذا ثبت جواز الخلع على ما وصفنا أخذت الزوجة برضاعه وبنفقته، وكان الزوج في النفقة بالخيار بين أن يستنبيها فيها لتتولى النفقة عليه بنفسها، وبين أن يستوفي ذلك منها بنفسه أو بوكيله، ليكون هو المتولي للنفقة عليها، والزوج أيضاً بالخيار بين أن ينفق عليه تلك النفقة ويطعمه ذلك الطعام وبين أن يتملكه ويطعمه من غيره، ولا يخلو المقدر عليها من النفقة من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر كفايته لا يزيد عليها ولا ينقص منها، فليس عليه لولده أكثر منها.

والقسم الثاني: أن تكون أكثر من كفايته فله أن يأخذ الفاضل، لأن نفقة الولد مقدرة بالكفاية.

والقسم الثالث: أن تكون أقل من كفايته فعليه أن يتم له من ماله قدر كفايته.

والقسم الرابع: أن يزيد على كفايته في الصغر، وتنقص عن كفايته في الكبر، فله أن يأخذ الزيادة في صغره، ويتم النقصان في كبره، وتجري أمر الرضاع والنفقة ما لم يحدث موت على ما ذكرنا حتى توفي ما عليها.

فصل: فإن حدث موت فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يموت الولد.

والثاني: أن تموت الزوجة.

والثالث: أن يموت الزوج.

فإن مات الولد فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يموت في الحال قبل الرضاع.

والثاني: أن يموت بعد الرضاع، وقبل استيفاء الطعام.

والثالث: أن يموت بعد أن مضى بعض الرضاع، وبقي بعضه وجميع الطعام.

فأما القسم الأول: وهو أن يموت في الحال قبل الرضاع والطعام فهل للأب أن يأتي بولد ترضعه بدلاً منه أم لا؟ على قولين نذكر توجيههما من بعد:

أحدهما: يأتي ببدله، فعلى هذا يكون الخلع بحاله لا يبطل بموت الولد لأن غيره قد قام مقامه في الرضاع والنفقة.

والقول الثاني: أنه لا يجوز أن يأتي ببدله، فعلى هذا قد بطل الخلع في الرضاع فتفرقت به الصفقة بمعنى طرأ بعد العقد.

وقد اختلف أصحابنا في تفريق الصفقة بعد العقد هل يكون لتفريقها حال العقد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنهما في تفريق الصفة سواء، فعلى هذا هل يبطل الخلع في الطعام لبطلانه في الرضاع أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قد بطل إذا لم يجوز تفريق الصفقة، فعلى هذا قد وقع الطلاق على خلع فاسد، فوقع بائناً، وبماذا يرجع عليها على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم يرجع عليها بأجرة رضاع الحولين وقيمة الطعام.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنه يرجع عليها بمهر مثلها كما قلنا في بطلان الصداق أن فيما ترجع به الزوجة قولين.

والقول الثاني: في الأصل أن الخلع في الطعام لا يبطل، وإن بطل في الرضاع إذا جوزنا تفريق الصفقة، فعلى هذا يكون الزوج لتفريق الصفقة عليه بالخيار بين إمضاء الخلع في الطعام وبين فسخه، فإن فسخ ففيما يرجع به عليها قولان:

أحدهما: بأجرة الرضاع وقيمة الطعام.

والثاني: بمهر المثل، وإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: أن يقيم على الطعام بجميع الخلع وإلا فسخ.

والثاني: أنه يقيم عليه بحسابه وقسطه، ويرجع بحساب الرضاع وقسطه، وبماذا يكون رجوعه على قولين:

أحدهما: وهو القديم بأجرة رضاع الحولين.

والثاني: وهو الجديد بقسطه من مهر المثل.

مثاله: أن ينظر أجرة الرضاع وقيمة الطعام، فإذا كانت أجرة الرضاع مائة، وقيمة الطعام مائتين كان الرضاع ثلث الخلع فيرجع بثلث مهر المثل، فهذا الكلام على أحد وجهي أصحابنا أن تفريق الصفقة بعد العقد لا يمنع من صحة العقد فيما يفي بخلافهما حال العقد.

فعلى هذا يكون الخلع جائزاً في الطعام قولاً واحداً، وإن بطل في الرضاع ويكون فيه بالخيار على ما مضى، فإن أقام على الطعام فهل يكون إلى آجاله أو يتعجل على وجهين حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: قد حلّ، لأنه كان مؤجلاً بتأجيل الرضاع، فإذا بطل الرضاع ارتفع الأجل فحل الطعام.

والوجه الثاني: وهو الأصح أن الطعام إلى أجله لا يتعجل، لأن المؤجل لا يتعجل إلا بموت من عليه الحق دون مستوفيه، والطعام أحد المقصودين، وليس ببيع محض ويكوْن فيه بالخيار، فإن فسخ الجواب فيما يرجع به على ما مضى، وإن أقام عليه أخذه بقسطه قولاً واحداً ورجع بباقيه على ما ذكرنا من القولين.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يموت الولد بعد رضاع الحولين، وقبل الطعام، فالخلع بحاله على صحته، لأن ما يؤثر فيه الموت من الرضاع قد استوفى والطعام لا يؤثر فيه الموت، فكان على صحته لكن هل يحل أو يكون إلى أجله؟ على ما مضىٰ من الوجهين.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يموت الولد بعد أن مضى بعض الرضاع وبقي

بعضه وجميع الطعام كأنه مات بعد أن مضى أحد الحولين وبقي الثاني فهل يأتي بولد آخر ترضعه مكان ذلك أم لا على قولين:

أحدهما: يأتي بولد آخر، فعلى هذا الخلع بحاله، ويستوفي رضاع الحول الثاني بولد آخر ويستوفي الطعام في نجومه.

والقول الثاني: لا يأتي بغير ذلك الولد، فعلى هذا قد بطل الخلع في رضاع الحول الثاني، وهل يبطل في رضاع الحول الأول والطعام الباقي أم لا؟ على ثلاثة مذاهب تتخرج على الترتيب الماضي من اختلاف أصحابنا من الفساد الطارىء بعد العقد هل يكون كالفساد المقارن للعقد ثم على تفريق الصفقة أحد المذاهب الثلاثة أن الخلع باطل في الجميع فيبطل في الحول الماضي، وفي الطعام لبطلانه في الحول الباقي، وهذا على قول من يجعل الفساد الطارىء بعد العقد كالفساد المقارن للعقد، ويمنع من تفريق الصفقة فعلى هذا يكون على الزوج أجرة رضاع الحول الماضي، وبماذا يرجع على الزوجة على قولين مضيا:

أحدهما: وهو القديم بأجرة رضاع الحولين وبقيمة الطعام إلا أن يكون فيه ذو مثـل فيرجع بمثل ذي المثل وقيمة غير ذي المثل.

والقول الثاني: وهو الجديد أنه يرجع عليها بمهر المثل.

والمذهب الثاني من المذاهب الثلاثة: أن الخلع جائز في الحول الماضي، وفي الطعام الباقي، وهذا على قول من لا يجعل حدوث الفساد بعد العقد كوجوده مع العقد، فعلى هذا هل يكون للزوجة بتفريق الصفقة خيار الفسخ أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا خيار له بحال فعلى هذا التقسيم على رضاع الحول الماضي وجميع الطعام بحسابه وقسطه ويرجع بحساب الحول الباقي وقسطه ومن ماذا يرجع به؟ على قولين:

أحدهما: من عوض الخلع فعلى هذا يرجع بأجرة رضاع الحول الباقي.

والقول الثاني: من مهر المثل فعلى هذا ينظر أجرة رضاع الحولين وقيمة الطعام فإذا قيل؛ أجرة رضاع الحولين مائتا درهم، وقيمة الطعام ثلاث مائة درهم فقد بقي له بأجرة رضاع الحول الباقي مائة درهم، وهي الخمس فيرجع عليها بخمس مهر المثل.

والوجه الثاني: أن له الخيار في فسخ الحول الماضي، والطعام الباقي أو المقام عليهما فإن فسخ كانت عليه أجرة الحول الماضي، وبماذا يرجع عليها على قولين:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بأجرة رضاع الحولين وبقيمة ما ليس له من الطعام مثل وبمثل ماله منه

مثل، ويكون ذلك حالاً وجهاً واحداً، لأن فسخ العقد قد منع من ثبوت نجومه، وإن أقام على الحول الماضي، وعلى الطعام، فهل يقيم عليه بجميع الخلع أو حسابه وقسطه على قولين كما مضى وهل يحل الطعام أو يكون على نجومه على ما مضى من الوجهين.

والوجه الثالث: أن الخلع لازم له في الحول الماضي، ولا خيار له فيه لاستيفائه وله الفسخ في الطعام أو المقام فيصير الخلع إذا كان أجرة الرضاع مائتي درهم، وقيمة الطعام ثلاث مائة درهم باطلاً في خمسة، وهو الحول الباقي، ولازماً في خمسه وهو الحول الماضي، وجائز في ثلاثة أخماسه وهو الطعام فإن فسخ أو أقام فعلى ما مضى، فهذا حكم المذهب الثاني من المذاهب الثلاثة.

والمذهب الثالث من المذاهب: أن الخلع صحيح في الحول الماضي لاستيفائه، وباطل في الطعام لبطلانه في الحول الباقي، فعلى هذا هل يستحق خيار الفسخ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار له، فعل هذا يقيم على الحول الماضي بحسابه وقسطه وهو الخمس؛ لأنه في مقابلة مائة من خمسمائة درهم، ويرجع بحساب ما بقي وقسطه، ومن ماذا يكون رجوعه على قولين:

أحدهما: من أربعة أخماس مهر المثل.

والثاني: من أجرة رضاع الحول الباقي، ومثل ذي المثل، وقيمة غير ذي المثل، ويكون ذلك حالاً لفسخ العقد.

والوجه الثاني: له الخيار بين الفسخ والمقام، فإن فسخ رد أجرة الحول الماضي وبماذا يرجع على ما مضى من القولين.

وإن أقام فهل يقم على الحول الماضي والطعام بجميع الخلع أو بحسابه وقسطه على قولين ثم على مامضى فهذا الكلام في موت الولد.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تموت الزوجة فالحكم في موتها كالحكم في موت الولد على ما ذكرناه من الأقسام والأحكام إلا في شيئين:

أحدهما: أن الخلع يبطل في الرضاع إذا ماتت قبله، ولا يقام غيرها مقامها في الرضاع على أحد القولين، كما أقيم مقام الولد غيره في أحد القولين.

والفرق بينهما أن الرضاع مستوف من الأم فتعينت بالعقد، والولد مستوف فلم يتعين بالعقد كالأجير والمستأجر لما كان الأجير مستوفاً منه تعين بالعقد، فبطل بموته، ولما كان المستأجر مستوفياً لم يتعين بالعقد فلم يبطل بموته.

والثاني: أن الطعام المنجم يحل بموتها وجهاً واحداً، وإن لم يحل بموت الولد في أصح الوجهين.

والفرق بينهما أن الحق على الزوجة فحل بموتها، ون الديون المؤجلة تحل بموت من هي عليه، ولا تحل بموت مستوفيها، أو من هي له.

ثم الجواب فيما سوى هذين على ما مضى.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يموت الزوج فلا يؤثر موته في فساد الخلع، لا في رضاعه ولا في طعامه، لكن يكون الطعام موروثاً لا يختص به الولد؛ لأن نفقته تسقط عن الأب بموته.

فأما الرضاع فهل يكون موروثاً أو يكون الولد أحق به على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في موت الولد هل يقوم غيره فيه مقامه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يقوم غيره مقامه، فعلى هذا لا يكون الرضاع موروثاً ويكون الولد أحق به، وعلى هذا يكون الطعام إلى نجومه.

والقول الثاني: أن غير الولد يقوم مقام الولد، فعلى هذا يكون الرضاع موروثاً لا يختص به الولد، وهل يحل الطعام أو يكون إلى نجومه، على وجهين مضيا والله أعلم.

فصل: إذا خالع زوجته على نفقة عدتها وأجرة سكناها ليبرأ منه بالخلع لم يجز وكان الخلع فاسداً يقع الطلاق فيه بائناً، ويرجع عليهما بمر المثل، ولا يبرىء من السكنى والنفقة.

وقال أبو حنيفة: يصح الخلع على ذلك ويبرأ من السكنى والنفقة استدلالاً بأن النكاح سبب لوجوب النفقة والسكنى ووجود السبب كوجود المسبب، فاقتضى أن يكون سبب وجوبها كوجوبها في جواز الخلع بها وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنها خالعته على ما لم يستقر عليه ملكها، وإن كان السبب موجوداً فاقتضى أن يكون باطلاً كما لو خالعها على قيمة عبدها إن قتله.

والثاني: أنه أبرىء من النفقة والسكنى قبل استحقاقها وهي لو أبرأته بغير خلع لم يصح فكذلك بالخلع.

فأما استدلاله بأن وجود السبب كوجود المسبب فغلط، لأن النكاح سبب لنفقة الزوجية، وليس سبب لنفقة الحمل في العدة، وإنما سبب هذه النفقة الطلاق والحمل فلم يوجد السبب فيجوز أن يتعلق به حكم المسبب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَمْرُكِ بِيَدِكَ فَطَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فَضَمِنَتْهَا فِي وَقْتِ الخَيَارِ لَزِمَهَا وَلاَ يَلْزَمُهَا فِي غَيْرِ وَقْتِ الخِيَارِ كَمَا لَوْ جَعَلَ أَمْرَهَا إِلَيْهَا لَمْ يَجزْ إِلاَّ فِي وَقْتِ الخِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا طلاق معلق بشرطين نبين حكم كل واحد منهما ثم نجمع بينهما، أما إذا قال لها: طلقي نفسك، أو قد جعلت إليك طلاق نفسك أو اختاري طلاق نفسك، فكل ذلك سواء، وقد ملكها الطلاق فإن عجلت طلاق نفسها في المجلس على الفور في وقت الجواب طُلِّقت، وإن أخرته حتى تراخى الزمان لم تطلق.

وقال أبو حنيفة: متى طلقت نفسها على الفور أو التراخي طلقت استدلالاً بأنه ردّ إليها طلاق نفسها كما يرد إلى وكيله طلاقها، ولو رده إلى الوكيل جاز أن يطلقها على التراخي كذلك إذا ردّه إليها.

وهذا خطأ، لأن رد الطلاق إليها تمليك وردّه إلى الوكيل استنابة فلزم في التمليك تعجيل القبول كالهبة، ولم يلزم في الاستنابة تعجيل النيابة كالبيع، ألا تراه لو قال لرجل: بع عبدي هذا، جاز أن يبيعه على التراخي، لأنها وكالة.

ولو قال له: قد بعتك عبدي هذا لزمه قبوله على الفور؛ لأنه تمليك كذلك الطلاق يجب أن يقع الفرق فيه بين التمليك والتوكيل.

وأما الشرط الثاني: وهو أن يعلق طلاقها بشرط الضمان كقوله: إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق، فشرط وقوع هذا الطلاق تعجيل الضمان في المجلس على الفور في وقت القبول، وهو أضيق من وقت الجواب على ما تقدم بيانه.

فإذا تقرر حكم كل واحد من الشرطين على انفراده فمسألة الكتاب أن يجمع بينهما فيقول: قد جعلت إليك طلاق نفسك إن ضمنت إليَّ ألفاً فيعلق طلاقها بشرطين:

أحدهما: ضمان ألف.

والثاني: أن تطلق نفسها وكلا الشرطين مستحق على الفور لكن من صحتها تقدم الضمان على الطلاق، فأن عجلت الطلاق قبل الضمان لم تطلق حتى تقدم الضمان على الطلاق؛ لأنه قد جعل الضمان شرطاً في الطلاق فيلزم تقديمه عليه لأن الشرط مقدم على المشروط فيه، وإذا لزم تقديم الضمان وتعقيبه بالطلاق فلا يخلو حالها إذا ضمنت الألف وطلقت نفسها من أربعة أحوال:

أحدها: أن تفعلهما على الفور فيصحان، وقد طلقت ولزمها ضمان الألف.

والثاني: أن تفعلهما على التراخي فيبطلان ولا طلاق ولا ضمان.

والثالث: أن تضمن عل الفور، وتطلق نفسها على التراخي، فلا طلاق لتراخي إيقاعه ويسقط الضمان بعد صحته؛ لأنه بدل عن طلاق لم يقع.

والرابع: أن تطلق نفسها على الفور، وتضمن على التراخي فلا يقع الطلاق لفساد الضمان من وجهين:

أحدهما: تراخي زمانه.

والثاني: تأخيره عن الطلاق، وفساد الذي هو شرط في الطلاق يمنع من وقوعه.

فصل: فأما الشافعي فإنه ذكر ها هنا أنها إذا ضمنت الألف في وقت الخيار لزمها الطلاق، ولم يذكر تطليق نفسها وإن كان شرطاً في وقوعه ولأصحابنا فيه تأويلان:

أحدهما: أنه سقط عن الكاتب في نقله، وقد ذكره الربيع في كتاب الأم.

والثاني: أنه قصد بيان حكم الضمان أن يتعجل على الفور وأغفل ذكر الطلاق إما اكتفاء بما قدّمه من شرطه، وإما استغناءً بما قدّمه من بيانه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْداً فَأَنْتِ طَالِقٌ فَأَعْطَتْهُ أَيَّ عَبْدٍ مَا كَانَ فَهِيَ طَالِقٌ وَلاَ يَمْلِكُ العَبْد وَإِنَّمَا يَقَعُ فِي هَذَا المَوْضِعِ بِمَا يَقَعُ بِهِ الحَنَثُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا قِيَاسَ قَوْلِهِ لأَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى العِوَضِ وَقَدْ قَالَ فِي هَذَا البَابِ مَتَى أو متى أَعْطَيْتِنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَذَلِكَ لَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَخْذِهَا وَلاَ لَهَا أَنْ تَرْجِعَ إن أَعْطَتْهُ فِيهَا وَالعَبْدُ وَالدِّرْهَمُ عِنْدِي سَوَاءٌ غَيْرَ أَنَّ العَبْدَ مَجْهُولٌ فَيَكُونَ لَهُ عَلَيْهَا مثلها.»

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لزوجته: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعين العبد فيقول: إن أعطيتني عبدك هذا، فإن أعطته غير ذلك العبد، لم تطلق، وإن أعطته ذلك العبد طلقت به، وملكه الزوج؛ لأنه قد صار بالتعيين معلوماً فصحّ أن يكون عوضاً، فإن وجد به عيباً كان لأجله بالخيار فإن ردّه لم يرتفع الطلاق لوقوعه بوجود صفته، وبماذا يرجع عليها فيه قولان:

أحدهما: وهو القديم بقيمته أن لو كان سليماً.

والقول الثاني: وهو الجديد بمهر المثل.

والضرب الثاني: أن لا يعين العبد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصفه فتكون صفاته شرطاً في وقوع الطلاق به فإن أعطته عبداً على غير تلك الصفات لم تطلق، وإن أعطته عبداً على تلك الصفات طلقت به.

ثم لا يخلو حال تلك الصفات من أحد أمرين أما إن ينفي عنه الجهالة أولا ينفيها عنه، فإن انتفت عنه الجهالة بتلك الصفات وهو أن يصفه بالصفات المستحقة في السلم التي يصح بها ثبوته في الذمة بأن يذكر جنسه وسنه وقده وحليته، فإذا استكملت هذه الصفات طلقت به، وملكه الزوج؛ ون الجهالة قد انتفت عنه فصار معلوماً بها فصحّ أن يكون عوضاً، فإن وجده معيباً لم يكن له أن يبدله بمثله سليماً؛ لأنه قد صار بوقوع الطلاق مع انتفاء الجهالة عنه متعيناً بالدفع، فصار كالمعين بالعقد، ولو تعين بالعقد لم يكن له إبداله، كذلك إذا تعين بالدفع، وإذا لم يكن له بدله فبماذا يرجع عليها فيه قولان:

أحدهما: وهو في القديم بقيمته لو كان سليماً.

والثاني: وهو في الجديد بمهر المثل، ولو كان قد طلقها على غير موصوف في ذمتها فسلمت إليه العبد على تلك الصفة فوجده معيباً كان له إبداله بسليم لا عيب فيه.

والفرق بينهما أنه إذا كان موصوفاً في الذمة فقد تقدمه وقوع الطلاق فلم يتعين بالعقد ولا صار بوقوع الطلاق به معيناً بالدفع، فجرى مجرى المال الموصوف في الذمة إذا وجده معيباً أبدله بسليم، وليس كذلك فيما ذكرناه؛ لأنه علق وقوع الطلاق به فصار معيناً بالدفع، فجرى مجرى المعين بالعقد، وإن وصف العبد بما لا ينفي عنه الجهالة، ولا يجري في السلم، فإذا وجدت فيه هذه الصفات طلقت بدفعه ولا يملكه الزوج بجهالته، ويرجع عليها بمهر المثل قولاً واحداً.

فصل: والضرب الثاني: أن يطلق ذكر العبد ولا يصفه، ويقتصر على قوله: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فأي عبدٍ أعطته طلقت به، وإن كان مجهولاً؛ لأن الطلاق يقع بالشروط المجهولة، ولا يملكه الزوج لجهالته، وأنه لا يصح أن يملك بالعقود أعواضاً مجهولة ولا فرق بين أن تعطيه عبداً صغيراً، أو كبيراً صحيحاً أو ذمياً في وقوع طلاقها به، ولا تطلق لو أعطته أمة، لأن اسم العبد لا ينطلق عليها، ولا لو أعطته خنثى لجواز أن تكون أمة، ولو أعطته عبداً مدبراً أو معتقاً بصفة، طُلِّقَتْ به لانطلاق اسم العبد عليه، ولو أعطته مكاتباً لم تطلق به؛ لأن الكتابة قد أخرجته من حكم العبيد فزال عنه اسم العبد.

ولو أعطته عبداً لها مغصوباً قال أبو حامد الإسفراييني: لا تطلق؛ لأنه لا يصح أن يملك بالعقد فأجراه مجرى المكاتب.

والذي أراه أنها تطلق بدفعه تغليباً لحكم الصفة؛ لأنه لم يخرج عن حكم العبيد فلم يزل عنه اسم العبد، وقد يجوز المعاوضة عليه من غاصبه وعلى أن المغصوب يخرج بالدفع أن يكون مغصوباً، فإذا ثبت أنها تطلق مع جهالة العبد بأي عبد دفعته ولا تملكه فله عليها مهر المثل، ولم يكن إغفال الشافعي لذكره إسقاطاً منه لإيجابه كما توهمه المزني فاحتج بما ذكره من الشواهد الصحيحة وإنما أغفله اكتفاء بما تقدم من بيانه.

وقال أبو حنيفة: إذا أطلق ذكر العبد في خلعه تناول عبداً وسطاً سندياً بين الأبيض والأسود، فجعل ذلك شرط في وقوع الطلاق. وتملك العبد به، وبناه على مذهبه في الصداق إذا أصدقها عبداً مطلقاً صح، وتناول عبداً وسطاً سندياً بين الأسود والأبيض، ونحن نخالفه في الأصلين وقد تقدم الكلام معه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ خَلَعَهَا بِعَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ أَصَابَ بِهِ عَيْباً رَدَّهُ وَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خالعها على عبد بعينه فذلك ضربان:

أحدهما: أن يعجل طلاقها به.

والثاني: أن يجعله معلقاً بدفعه.

فإن عجل طلاقها به كأنه قال لها: أنت طالق بهذا العبد، فقد طُلِّقت، لأنه جعل العبد عوضاً، ولم يجعله شرطاً، فإن صح أن يكون عوضاً لكونه ملكاً لها وجارياً في تصرفها صحّ أن يكون عوضاً، وملك العبد عليها؛ لأنه بالتعيين معلوم، فإن وُجِدَ به عيب فُسِخ به فلا ردَّ، وإن لم يسمح به وأراد ردَّه فله ذلك لأن ما ملك بالأعواض رد بالعيوب كالبيع ثم بماذا يرجع بعد رده على قولين:

أحدهما: بقيمته لو كان سليماً.

والثاني: بمهر المثل.

وإن كانت لا تملك هذا العبد أو كانت تملكه ولكن لا ينفذ تصرفها فيه، وإما لكونه موهوباً أو لكونه مغصوباً، بطل أن يكون عوضاً في الخلع، كما بطل أن يكون مبيعاً، وفيما يرجع به عليها قولان:

أحدهما: بقيمته.

والثاني: بمهر المثل.

فصل: وإن جعل طلاقها معلقاً بدفعه كأنه قال: إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق، فلا يخلو حال العبد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في ملكها وتصرفها فمتى أعطته العبد طلقت بدفعه وملكه الزوج؛ لأنه بالتعيين معلوم، فإن ظهر به عيب، فله رده وفيما يرجع به قولان على ما مضى».

أحدهما: بقيمته.

والثاني: بمهر المثل.

فلو أراد أن يتمسك به معيباً ويرجع بأرشه فإن قيل؛ لو ردّه رجع بمهر المثل دون قيمته فليس له ذاك، وإن قيل: يرجع بقيمته فعلى وجهين:

أحدهما: ليس له ذاك؛ لأن القدرة على الرد بالعيب تمنع من الرجوع بالأرش.

والوجه الثاني: له ذاك؛ لأن أخذه مع أرش عينه أقرب من الرجوع بقيمته جميعه، وخالف البيع الذي لا يوجب رده بالعيب استرجاع قيمته.

والقسم الثاني: أن يكون في غير ملكها، لأنه عبد لغيرها فلا تطلق بدفعه وإنما كان كذلك، لأنه لما كان مشروطاً في معاوضة صار حكم المعاوضة شرطاً فيه، ومن حكم المعاوضة أن يكون في ملكها فصار كأنه قال: إن أعطيتني هذ العبد الذي تملكينه فأنت طالق، فإذا دفعت العبد، ولم تكن مالكة له فقد أحد الشرطين فلم يقع به الطلاق.

والقسم الثالث: أن يكون في ملكها لكنها لا تقدر على التصرف فيه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون منه بحق الرهن فلا يصح به الخلع، ولا يقع بدفعه الطلاق تغليباً لحكم المعاوضة، وأن المرهون لا يملك قبل فكاكه بالمعاوضة فصار كغير المملوك.

والضرب الثاني: أن تكون ممنوعة منه بغير حق كالغصب والإباق ففي صحة الخلع به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الخلع عليه لا يصح لأن بيعه لا يصح فجرى مجرى المرهون، فعلى هذا، إن أعطته إياه لم تطلق؛ لأن تملكه بالعطية كالمشروط في العتق بالصفة.

والوجه الثاني: أن الخلع عليه جائز، لأن اليد الغاصبة يستحق رفعها، فقصرت عن حكم اليد المرتهنة التي لا يستحق رفعها، فعلى هذا إن أعطته إياه طلقت؛ لأنه قد ارتفعت به يد الغصب.

والفرق بين أن يقول: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فتطلق بالعبد المغصوب وبين إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فيكون مغصوباً فلا تطلق، هو أنه إذا كان مطلقاً لم يملك بالدفع فغلب فيه حكم العتق بالصفة، وإذا كان معيناً ملك بالدفع فغلب فيه حكم المعاوضة.

فصل: فأما إذا خالعها على حمل جاريتها أو على ما في جوفها، فالخلع باطل، وسواء وضعت ولداً أو لم تضع، والطلاق يقع بائناً، وله عليها مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: الخلع صحيح فإن وضعت ولداً كان للزوج، وإن لم تضع شيئاً فلا شيء للزوج اعتباراً بالوصية أنها تصح بالحمل فكذلك الخلع.

ودليلنا هو أن كل ما لم يجز أن يكون صداقاً في النكاح، لم يجز أن يكون عوضاً في الخلع كالمحرمات، ولأنه عقد معاوضة على حمل وجب أن يكون فاسداً كالنكاح والبيع.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: «وَقَدْ قَالَ لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ أَعْطَيْتِنِي شَاةً مَيِّتَةً أَوْ خِنْزِيراً أَوْ زِقَّ خَمْرٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَفَعَلَتْ طُلِّقَتْ وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَهْرِ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: إن أعطيتني خمراً أو خنزيراً أو شاة ميتة فأنت طالق، فأعطته ذلك، طُلِّقَتْ، وإن لم تملك الخمر والخنزير لوجود الصفة بدفعه، فإن قيل: أفليس لو قال لها: إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق، فأعطته إياه، وهو مغصوب لم تطلق، وإن كانت الصفة موجودة، لأنه لا يصح أن يملكه عنها فهلا كان في الخمر والخنزير لا تطلق بدفعه، وإن كانت الصفة موجودة، لأنه لا يملك عنها.

قيل: الفرق بينهما أن العبد مال يجوز أن يملك فصار التمليك فيه مقصوداً، فجاز أن يصير في الحكم مشروطاً، وإن منع الشرع من تملكه بالجهالة، وليس كذلك الخمر والخنزير، لأنه ليس بمال فلم يصر التملك فيه مقصوداً، فقوي فيه حكم الطلاق بالصفة، فإذا ثبت وقوع الطلاق بدفعه وقع بائناً، وله عليها مهر مثلها.

وقال أبو حنيفة: يقع رجعياً، ولا شيء له عليها استدلالاً بأن الخمر ليس بعوض فصار مُطَلِّقاً لها بغير عوض، والطلاق بغير عوض يكون رجعياً، فكذلك بما لا يجوز أن يكون عوضاً.

ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم ولا يكون استهلاكاً لمال يستحق قيمته لثلاثة أمور:

أحدها: جواز طلاقه في المرض الذي يمنع فيه من استهلاك ماله، ولا تكون قيمة البضع معتبرة من ثلاثة كالعطايا، والهبات.

والثاني: أنها لو قتلت نفساً فاستهلكت على الزوج بضعها لم يستحق الزوج عليها قيمته، ولو كان مالاً لوجب له عليها مهر المثل.

والثالث: أنه لا يجوز لأب الصغيرة أن يخالع عنها بمالها، ولو كان البضع مالاً لجاز أن يتملكه لها بمالها كما يجوز أن يشتري لها عقاراً.

ودليلنا هو أنه خلع على عوض فاسد فاقتضى وقوع الطلاق فيه أن يوجب الرجوع ببدل البضع.

أصله إذا خالعها على عصير فوجده خمراً.

قال أبو حنيفة: يرجع عليها بالمهر الذي دفعه إليها في النكاح.

فإن قيل: فالمعنى في الأصل أن الزوج لم يرض بخروج البضع من ملكه بغير بدل، لأنه ظنه عصيراً، فجاز أن يستحق فيه البدل وفي الفرع قد علمه خمراً فرضي بخروج البضع بغير بدل فلم يستحق فيه البدل.

فالجواب: أنه منتقض بالنكاح فإنها إذا تزوجت برجل على خمر كان لها مهر المثل، وإن علمت أنه خمر كما لو تزوجته على عصير فكان خمراً لا فرق بينهما فكذلك في الخلع.

وتحريره قياساً فنقول: لأنه بضع ملك بخمر لا يملك فوجب الرجوع إلى مهر المثل كالنكاح.

فإن قيل البضع مقوم في حق الزوجة وغير مقوم في حق الزوج لأنها لو وطئت بشبهة لكان مهر المثل لها دون الزوج.

قيل لأن هذا الوطىء ما حرمها عليه فلم يصر البضع مستهلكاً عليه فلذلك لم يضمن في حقه ولو حرمها عليه وطئها أبوه أو ابنه كان له الرجوع بمهر المثل، لأنه صار مستهلكاً عليه ولك تحرير هذا قياساً ثالثاً فتقول: ما تقوم في انتقاله إليه ببدل تقوّم في انتقاله عنه بذلك البدل كالمثمنات يستوي في استحقاقه المسمى في الجهتين إذا صح وفي القيمة إذا فسد.

فأما الجواب عن استدلاله بأن خلعها بالخمر الذي لا يكون عوضاً رضي منه بخلعها على غير عوض، فهو أنه قد يملك العوض الفاسد كما لا يملك الخمر فلما وجب له في العوض الفاسد مهر المثل مع علمه وجهله وجب له في الخمر مهر المثل مع علمه وجهله.

وأما استدلاله بأنها البضع لا يقوم في حق الزوج لإمضاء طلاقه في المرض ففاسد بتقويمه في حقه إذا خالع على عوض فاسد، وإن ما لم يقوم في حقوق الورثة إذا طلق في المرض وإن قوم عتقه وهباته لأنهم لا يرثون الزوجة لو لم يطلقها ويرثون الأعيان التي وهبها وأعتقها.

وأما استدلاله بأنها لو قتلت نفسها لم يرجع عليها بمهر مثلها.

فالجواب عنه أن الأطراف تدخل في حكم النفس، لأن من قطع يد رجل ثم قتله دخلت دية يده في دية نفسه، والبضع كالطرف فإذا اقترن به تلف النفس دخل في حكمه، وهو لاحق به في دية النفس فلذلك لم يكن له حق في قيمة البضع، ولأن المنافع مقوّمة

في حق المستأجر، ولو استأجر عبداً فقتل ضمن القاتل قيمته لسيده، ولم يضمن منفعته لمستأجره، وإن كانت المنافع مقوّمة في حقه كذلك في قيمة البضع.

وأما استدلاله بأن الأب لا يخالع عن بنته الصغيرة فلأنه قد كان يقدر أن يتملك لها بالمال من العقار ما هو أنفع لها، ولأنه بالخلع وإن ملكها بعضها فقد أسقط به نفقتها فلذلك يمنع.

فصل: وإذا تقرر ما ذكرنا فلا يخلو حال الخلع بالخمر من أن يكون معيناً أو غير معين فإن كان غير معين فهو ما مضى، وهو أن يقول: إن أعطيتني خمراً فأنت طالق، فإذا أعطته الخمر طلقت ووجب لها عليها مهر المثل، وإن كان الخمر عيناً فضربان:

أحدهما: أن يعجل به الطلاق وكأنه قال لها: أنت طالق على أن تعطيني هذا الخمر فقد طلقت ولا يستحق عليها ذلك الخمر، وهل يستحق عليها مهر مثلها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقه كما كان الخمر غير معين فعلى هذا يقع الطلاق بائناً.

والوجه الثاني: أنه لا يستحق مع تعيين الخمر مهر المثل، لأنه لما عين تملك ذلك الخمر فقد عين أن لا يتملك ما سوى الخمر فلذلك سقط حقه من بدله، ولم يسقط مع ترك التعيين حقه من البدل، فعلى هذا يقع الطلاق رجعياً، لأنه لم يملك بدلاً.

والضرب الثاني: أن يجعل الطلاق معلقاً بدفعه.

مثاله أن يقول: إن أعطيتني هذا الخمر فأنت طالق فإذا أعطته ذلك ففي وقوع طلاقه به وجهان بناء على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: تطلق به إذا قيل: إنه لو عجل طلاقها به رجع بمهر المثل كذلك هاهنا تطلق بدفعه وترجع بمهر المثل.

والوجه الثاني: لا تطلق بدفعه إذا قيل: إنه لو عجل طلاقها به لم يرجع عليها بشيء، والفرق بين أن لا يعين الخمر فتطلق وبين أن يعين الخمر فلا تطلق أن المقصود بالتعيين التمليك وبالإطلاق الصفة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَهِيَ طَالِقٌ وَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ حُجَّةٌ وَلَوْ تَصَادَقَا أَنَّها سَأَلَتْهُ الطَّلاَقَ فَطَلَّقَهَا عَلَى ذَلِكَ كَانَ الطَّلاَقُ بَائناً».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لزوجته: أنت طالق وعليك ألف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون عن طلب منها كأنها سألته أن يطلقها على ألف فقال لها: أنت طالق وعليك ألف، فقد طُلِّقت، ولزمها الألف، لأنه جواب عن طلب.

والضرب الثاني: أن يبتدئه من غير طلب فهي طالق، ولا شيء عليها، لأنه أرسل الطلاق ولم يقيده بشرط فوقع ناجزاً ثم ابتدأ بعد وقوعه فقال «وعليك ألف» فلم تلزمها الألف بقوله من غير بدل، وجرى مجرى قوله: وعليك حج، فلا يلزمها الحج، وإذا كان على ما ذكرنا من وقوع الطلاق ولا ألف عليها، فله الرجعة، لأن الرجعة تسقط مع استحقاق البدل، وتثبت مع سقوط البدل، فلو أعطته الألف لم تسقط الرجعة، لأنها ابتداء هبة منها، يراعى فيها حكم الهبات من البدل والقبول والقبض، فعلى هذا لو اختلفا فقال: طلّقتك عن طلب، فلي عليك الألف، وقالت: بل طلّقتني ابتداء، من غير طلب، فلا شيء لك عليّ، فالقول قولها مع يمينها، لأنها منكرة وقد لزمه الطلاق بائناً لإقراره به.

فصل: ولو قال: أنت طالق على أن عليك ألف، لم تطلق إلا أن يضمن له ألفاً على الفور في وقت القبول، لأن على حروف الشرط، فصار وقوع الطلاق معلقاً به، ولا يراعى في وقوع الطلاق دفع الألف، كما وهم فيه بعض أصحابنا، وإنما يراعى فيه ضمان الألف، لأنه بالضمان قد صار عليها ألف، وكذلك لو قال لها: أنت طالق على ألف، كان وقوع طلاقها معلقاً بضمان الألف.

قال الشافعي: «والخلع فيما وصفت كالبيع المستهلك».

يريد به أن الرجوع عند فساد العوض بمهر المثل كما يرجع في المبيع المستهلك بقيمة المبيع وهذا أصح القولين.

والقول الثاني: يرجع بقيمة البدل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ خَلَعَهَا عَلَى ثَوْبٍ عَلَى أَنَّهُ هَرَوِيٌّ فَرَدَّهُ كَانَ لَهُ عَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَالْخُلْعُ فِيمَا وَصَفْتُ كَالْبَيْعِ الْمُسْتَهْلَكِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خالعها على ثوب مروي، فإذا هو هروي فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الثوب معيناً.

والثاني: أن يكون غير معين، فإن كان الثوب معيناً كأنه قال: خالعتك على هذا الثوب بعينه فلا يخلو أن يشرط أنه مروي أو لا يشترط، فإن لم يشرط أنه مروي ولكن ظنه مروياً، فكان هروياً، فلا ردّ له، وكذلك لو اشتراه بظنه مروياً فكان هروياً، لأن هذه

جهالة منه بصفته، وليس بعيب يختص بذاته، وإن وجد به عيباً غير ذلك ردّه به، وبماذا يرجع عليه فيه قولان:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بقيمته مروياً سليماً من هذا العيب، ولا يرجع بقيمته لو كان مروياً وإن شرط في الخلع أنه مروي، فقال: «قد خالعتك على هذا الثوب على أنه مروي» فإذا به هروي، فالطلاق واقع، ولا يكون خلاف الصفة المشروطة مانعاً من وقوعه، لأن الإشارة إلى عينه أقوى من ذكر صفته، فصار اعتبار العين في قوع الطلاق أغلب من اعتبار الصفة، وإذا كان هكذا نُظِر، فإن كانت قيمته هروياً كقيمته مروياً فلا خيار له، لأنه لا نقص فيه، وإن كانت قيمته مروياً أكثر من قيمته هروياً فهو عيب وله الخيار فيـردّه، وفيما يرجع به بعد رده قولان:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بقيمته لو كان مروياً.

فصل: وإن كان الثوب غير معين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصفه.

والثاني: أن لا يصفه.

فإن لم يصفه وقال: إن أعطيتنـي ثوباً فأنت طالق، فهو كقوله: إن أعطيتنـي عبداً فأنت طالق، فأي ثوب أعطته طُلِّقَتْ به تغليباً لحكم الطلاق بلا صفة، ولا يملكه بالجهالة تغليباً لحكم المعاوضة ويرجع عليا بمهر المثل قولاً واحداً.

وإن وصفه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعلق وقوع الطلاق بدفعه كأنه قال: إن أعطيتنـي ثوباً مروياً فأنت طالق، فأعطـته ثوباً فكان هروياً لم تطلق، لأن صفته بأنه مروي صارت شرطاً في وقوع الطلاق، فإذا عدمت لم يكمل شرط الطلاق فلم يقع، وليس كالمعين الذي يغلب حكم العين في وقوع الطلاق على حكم الصفة، فإذا دفعت إليه بعد ذلك ثوباً مروياً طُلِّقَتْ به، ثم ينظر فإن كان قد وصفه مع كونه مروياً فجميع صفاته المستحقة في السلم ملكه، فإن وجد به عيباً ردّه، ولم يكن له استرجاع مثله، لأنه غير ثابت في الذمة، وقد صار معيناً بالدفع لوقوع الطلاق فصار كالمعين بالعقد فإذا ردّه ففيما يرجع به قولان:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بقيمته مروياً سليماً من العيب، وإن لم يذكر جميع صفاته المعتبرة في السلم بل قال: إن أعطيتنـي ثوباً مروياً فأنت طالق، فأي ثوب أعطته إن كان مروياً طلقت

بدفعه لوجود الصفة المعتبرة في الطلاق، ولا يملكه لجهالته، ويرجع عليها بمهر مثلها قولاً واحداً، لأنه غير معين بالعقد ولا معلوم بالصفة.

فصل: والضرب الثاني: أن يعجل وقوع الطلاق على ثوب مروي موصوف في الذمة، كأنه قال: أنت طالق على ثوب مروي، فالطلاق قد وقع سواء استوفى جميع صفاته أم لا؟ لكن إن لم يستوف جميع صفاته فَسَدَ فيه الخلع، وإن وقع به الطلاق وكان له عليها مهر المثل قولاً واحداً، لأنه قد صار بترك صفاته مجهولاً، وإن استوفى جميع صفاته صح فيه الخلع، وكان له عليها ثوب مروي على تلك الصفات، فإن دفعت إليه ثوباً بتلك الصفات فكان معيباً، فله ردّه وإبداله بثوب على تلك الصفات سليماً من عيب لثبوته في الذمة كالسلم إذا وجده بعد القبض معيباً رجع بمثله سليماً.

فصل: فإذا خالعها على ثوب بعينه على أنه قطن، فإذا هو كتان ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: قد وقع تغليباً لحكم العين، ولا يكون بخلاف الجنس مانعاً من وقوع الطلاق، كما لا يكون خلاف الصفة مانعاً من وقوع الطلاق، فعلى هذا ينظر فإن كانت قيمته كتاناً كقيمته قطناً، فلا ردّ له، وإن كانت قيمته أقل فله ردّه وفيما يرجع به عليها قولان:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بقيمته لو كان قطناً.

والوجه الثاني: أن الطلاق لا يقع به، لأن خلاف الجنس يجري في المعاوضة مجرى خلاف العين، لأنه لو ابتاعه على أن قطن، فإذا هو كتان، فالبيع فيه باطل، ولو ابتاعه على أن مروي فكان هروياً فالبيع فيه جائز، كذلك الخلع إذا خالعها على ثوب على أنه مروي فكان هروياً، وقع الطلاق، ولو كان كتاناً لم يقع.

قال صاحب الوجه الأول من أصحابنا أقول في البيع مثل قولي في الخلع أن البيع لا يبطل كما أقول إن الطلاق يقع تغليباً لحكم العين على الجنس كما غلبنا حكم العين على الصفة، ولقوله إذا سوى بين الأمرين وجه وإن خالف الجمهور والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ خَلَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ وَقْتاً مَعْلُوماً فَمَاتَ الْمَوْلُودُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا لأَنَّ الْمَرْأَةَ تَدُرُّ عَلَى الْمَوْلُودِ وَلاَ تَدُرُّ عَلَى غَيْرِهِ وِيَقْبَلُ ثَدْيَهَا وَلاَ يَقْبَلُ غَيْرَهُ وَيَتَرَأَّمُهَا فَتَسْتَمْرِيه ولا يَسْتَمْرِي غَيْرَهَا وَلاَ يَتَرَأَّمُهُ وَلاَ تَطِيبُ نَفْساً لَهُ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في جواز الخلع على الرضاع والكفالة، لأن ما جازت المعاوضة عليه في غير الخلع جاز أن يكون عوضاً في الخلع والرضاع تصح الإجارة عليه لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. فإن قيل كيف يجوز أن يستأجرها على رضاع ولدها ويخالعها عليه، وقد قال رسول الله ﷺ «مثل الذي يقاتل عن غيره ويأخذ عليه أجراً كمثل أم موسى ترضع ولدها تأخذ عليه أجراً»، فضرب لك مثلاً أنه لا يجوز أن يقاتل عن غيره بأجر كما لا يجوز للمرأة أن ترضع ولدها بأجر.

قيل: رضاع الولد مستحق على الأب إذا كان باقياً دون الأم لقول الله تعالى: ﴿وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فكذلك الرضاع، لأنه يقوم مقام الطعام والشراب فإن عدم الأب وجب الرضاع على الأم كما يجب نفقته عليها إذا مات الأب، فليس لها بعد موت الأب أن تأخذ على رضاعه أجراً لوجوبه عليها، فأما مع بقاء الأب ووجوب رضاعه عليه، فإن كانا على الزوجية لم يكن لها أن ترضعه بأجر، لأنه قد ملك بالاستمتاع بها ما استحق أن يمنعها من إجارة نفسها للرضاع فلم يكن لها معاوضة على الرضاع.

فأما إذا ارتفعت الزوجية فقد زال ما استحقه من منعها، وجاز أن ترضع غير ولدها بأجر، فجاز أن ترضع ولدها بأجر، لأن رضاع ولدها مع بقاء الأب واجب عليه دونها، وإذا كان كذلك صحّ الخلع على الرضاع، لأنها ترضعه بعد الفراق، وإذا صحّ فلا بد من تقديره بالمدة ليصير معلوماً ينتفي عنه الجهالة، فإذا شرط عليها في الخلع رضاع ولده حولين كاملين لم تخل حالهما من حضانة الولد وكفالته والقيام بتربيته وغسل خرقة وحمله من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط دخولها في الخلع، أو في الإجارة فيدخل فيه وتؤخذ الأم المستأجرة به.

والثاني: أن يشترطا خروجها من الخلع، أو من الإجارة فتخرج منه، ولا يلزم الأم أن تؤخذ به، وعلى الأب أن يقيم له من يخدمه، ويقوم بحمله وتنظيفه.

والثالث: أن يطلق عقد الخلع، أو الإجارة في الرضاع فلا يشترط دخول القيام بخدمته فيه، ولا خروجه منه ففيه وجهان مبنيان على اختلاف وجهي أصحابنا في المقصود بعقد الإجارة.

فأحد الوجهين: أن المقصود الرضاع والقيام بالخدمة تبع فعلى هذا يلزمها القيام بخدمته تبعاً، لما استحق عليها من رضاعه.

والوجه الثاني: أن المقصود بالإجارة الخدمة، لأن لبن الرضاع غير مجهولة لا تصح الإجارة عليها من القيام بالخدمة فصار الرضاع تبعاً لما تصح الإجارة عليه من القيام بالخدمة فعلى هذا لا يلزمها في استحقاق الرضاع عليها القيام بخدمته إلا بشرط، وهذا التعليل معلول، لأنه لو صار لهذا المعنى الرضاع تبعاً للقيام بالخدمة لما جاز إفراده بالعقد إذا شرط فيه إسقاط القيام بالخدمة وما أحسب أحداً يمنع منه.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من جواز الخلع على رضاع ولده حولين كاملين فمات الولد ففي بطلان الخلع بموته قولان:

أحدهما: رواه المزني في جامعه الكبير أن الخلع لا يبطل وللأب أن يأتيها بغيره لترضعه حولين، ووجهه أن الولد في الرضاع مستوف لما تضمنه العقد وموت المستوفي لما تضمنه العقد لا يوجب فساد العقد، كمن استأجر دابة ليركبها فمات لم تبطل الإجارة بموته وقام غيره في الركوب مقامه.

والقول الثاني: وهو أظهرهما نص عليه في الأم والإملاء ونقله المزني هاهنا أن الخلع قد بطل بموته لعلتين:

إحداهما: أنها لا تدر على غير ولدها ولا يستمري غير ولدها لبنها كما يستمريه ولدها ولا يترأمه غير ولدها كما يترأمه ولدها هكذا قال الشافعي، ومعنى: يترأمها أي: يستلذه.

والعلة الثانية: أن ما يرتوي كل طفل من اللبن مختلف فبعضهم يرتوي بالقليل، وبعضهم لا يرتوي إلا بالكثير، وبعضهم يرتوي بسهولة، وبعضهم بعنف فذلك لم يقم فيه واحد مقام واحد وكان المعين فيه متعيناً بالعقد فعلى اختلاف هذين التعليلين لو خالعها ولده من غيرها فمات كان له على التعليل الأول إبداله بغيره، وليس له على التعليل الثاني أن يبدله، وهكذا لو خالعها على ولده منها، وله منها ولد آخر فله على التعليل الأول أن يقيمه مقام الميت، وليس له على التعليل الثاني أن يفعل ذلك.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا ببطلان الخلع وأن ليس له إبدال الولد إذا مات بغيره ففيما يرجع به عليهما قولان مضيا:

أحدهما: بمهر المثل.

والثاني: بأجرة رضاع الحولين.

وإن قلنا إن الخلع لا يبطل وإن له أن يأتيها بغيره فإن أتاها بغيره أرضعته تمام الحولين، وإن لم يأتـها بغيره حتى مضى الحولان ففيه وجهان:

أحدهما: لا شيء له عليها، لأنها بذلت له الرضاع فكان التفريط منه، فجرى ذلك مجرى من استأجر داراً فمكن منها فلم يسكنها حتى انقضت المدة فقد استوفى حقه ولا شيء له.

والوجه الثاني: أن حقه باق لا يسقط بانقضاء المدة لأن المعقود عليه عين والأعيان إذا قلت تسليمها بترك مستحقها لم يسقط حقه منها كمن ابتاع عيناً فلم يقبضها حتى هلكت كانت مضمونة على بائعها، كذلك فوات اللبن يكون مضموناً عليها، وليس له بعد انقضاء زمانه أن يسترضعها ولداً ويصير كالخلع على فائت ففيما يرجع عليها قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: أجرة رضاع الحولين.

فصل: فأما إذا ماتت المرضعة فقد بطل الخلع بموتها، ولا يقوم غيرها مقامها، لأن العقد معين في لبنها، وهكذا لو لم تمت، ولكن جف لبنها وانقطع، ولم يثبت لها فالخلع باطل، لأن اللبن هو المعقود عليها وقد فات بذهابه، كما فات بموتها فيكون فيما يرجع به عليها قولان على ما مضى.

فأما إن قلّ لبنها ولم ينقطع، فإن كان الباقي منه بعد قلّته يروي الولد، فالخلع بحاله، ولا خيار فيه، وإن كان لا يرويه لم يبطل فيه الخلع، لكن الزوج فيه بالخيار، لأن نقصه عيب بين أن يقيم عليه، ويكمل إرضاع ولده من لبن غيرها، وبين أن يفسخ، وفيما يرجع به بعد فسخه قولان والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ لَهُ أَبُو امْرَأَتِهِ طَلِّقْهَا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِهَا فَطَلَّقَهَا وَمَهْرُهَا عَلَيْهِ وَلاَ يَرْجِعُ عَلَى الأَبِ بِشَيْءٍ لأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ لَهُ شَيْئاً وَلَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن مخالفة الزوج مع أبي الزوجة ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخالعه عنها بماله فيقول له: طلق بنتي بألف لك عليّ أو بهذا العبد الذي لي، فهذا خلع جائز لو فعله الزوج من غير الأب من الأجانب جاز فكان الأب أجوز، فإذا طلقها وجب له على الأب ما بذله.

والقسم الثاني: أن يخالعه الأب على مالها، كأنه قال للزوج: طلّقها بألف عليها أو على هذا العبد الذي لها، فإن كان ذلك بأمرها وهي جائزة الأمر، كان الأب وكيلاً في الخلع، صح خلعه، كما يصح خلع الوكيل على ما سنذكره.

وإن كان ذلك بغير أمرها فالخلع باطل، سواء كانت جائزة الأمر أو محجوراً عليها، لأنه مع رشدها لا يجوز له التصرف في مالها، ومع الحجر عليها يتصرف في حفظه دون

إتلافه في الخلع بمالها فرُدَّ كما ترد هباته، وإذا كان كذلك لم يخل طلاق الزوج من أحد أمرين.

إما أن يكون ناجزاً أو مقيداً، فإن كان ناجزاً وقع رجعياً ولا شيء على الزوجة، لأنها لم تخالعه ولا على الأب، لأنه لم يضمنه، وإن كان الطلاق مقيداً كأنه قال: قد طلقتها على هذا العبد الذي لها فطلاقه لا يقع، لأنه جعل وقوعه مقابلاً لتملك العبد، فإذا لم يملك العبد لم يوجد شرط الطلاق فلم يقع.

والقسم الثالث: أن يخالعه الأب على صداقها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بعد الدخول فالخلع عليه باطل، لأن صداقها كسائر أموالها ليس للأب أن يبرىء منه، كما لا يبرىء من غيره سواء قيل إنه الذي بيده عقد النكاح أم لا؟ لأن الأب وإن جعل بيده عقدة النكاح، فليس له الإبراء من الصداق بعد الدخول.

والضرب الثاني: أن يخالعه بصداقها قبل الدخول.

فإن قيل: إنه لا يملك عقدة النكاح، فالخلع باطل، والكلام في وقوع الطلاق على ما مضى من كونه ناجزاً أو مقيداً.

وإن قيل: إنه الذي بيده عقدة النكاح، وإنه يملك إبراء الزوج من صداق بنته البكر إذا طلقت قبل الدخول ففي جواز مخالفته للزوج على صداقها وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لما جاز أن يبرئه بغير خلع ولا معاوضة كان أولى أن يبرئه بخلع ومعاوضة.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه لا يجوز خلعه وإن جاز إبراؤه لأمرين:

أحدهما: أنه جوز له الإبراء بعد الطلاق، وهذا قبل الطلاق.

والثاني: أن الإبراء لا يسقط به حقها من السكنى والنفقة والخلع مسقط لحقها من نفقة الزوجية وسكناها.

والثالث: أن الإبراء ندب إليه لما فيه من ترغيب الخطاب فيها، والخلع منفر عنها فافترق الإبراء والخلع من هذه الوجوه الثلاثة، فلذلك جاز إبراؤه ولم يجز خلعه.

فصل: وإذا كان كذلك نُظِرَ في إبراء الأب له في الخلع، فإن فيه ثلاثة مسائل:

أحدها: أن يقول له: طلّقها وأنت بريء من صداقها، فطلّقها الزوج وقع طلاقه، لأنه أوقعه ناجزاً ولا يبرأ من الصداق لما ذكرنا، ولا يلزم الأب الضمان، لأنه لم يضمن ويكون الطلاق رجعياً، لأن الزوج لم يملك فيه عوضاً.

والثانية: أن يقول الأب: طلّقها على أنك بريء من صداقها، فطلقها الزوج على هذا لم يقع طلاقه، لأنه أوقعه مقيداً فإذا لم يبرأ لم يقع.

والثالثة: أن يقول الأب: طلّقها على صداقها على أنني ضامنه لك فطلقها الزوج على ذلك فلا يخلو صداقها من أن يكون عيناً أو في الذمة، فإن كان عيناً لم يقع الطلاق، لأنه مقيد بتملك تلك العين، وهي لا تملك بضمان الأب فلم يقع الطلاق، لعدم شرطه وإن كان في الذمة وقع الطلاق، لأن المقصود به براءة ذمته من الصداق، والأب قد يقدر على إبرائه منه بالغرم عنه، لكن يكون بالخلع فاسداً، لأنه ليس يبرأ بهذا القول، ولا يلزم الأب ضمان الصداق، لأنه غير مضمون عليها، لم يصح ضمانه عنها، لأن الضمان يصح فيما كان مضمون الأصل فيقوم الضامن في لزوم الضمان مقام المضمون عنه، وإذا لم يلزم الأب ذلك الضمان فقد خالع الزوج على ما قد فسد فيه الخلع فلزمه البدل وفيما يلزمه قولان كما لو خولع على فائت:

أحد القولين: يلزمه مهر المثل.

والثاني: مثل تلك الألف فهذه ثلاث مسائل تختلف أجوبتها لاختلاف معانيها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَخَذَ مِنْهَا أَلْفاً عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا إِلَى شَهْرٍ فَطَلَّقَهَا فَالطَّلاَقُ ثَابِتٌ وَلَهَا الأَلْفُ وَعَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهذا كلام محتمل قد اختلف أصحابنا في تأويله ويتضمن أربع مسائل تستوفي جميع تأويلاته:

إحداهن: أن يأخذ منها ألفاً على أن يطلقها بعد شهر، فهذا خلع فاسد لمعنيين:

أحدهما: أنه سلم في طلاق والسلم فيه لا يصح.

والثاني: أنه عقد على غير شرط فيه التأخير، وهذا لا يصح، فإذا فعل هذا وطلقها بعد شهر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يطلقها بعد رد الألف عليها بعد التنازع وفساد الخلع، والحكم يرد الألف فالطلاق رجعي، ولا شيء له، لأن القضاء برد الألف يرفع حكم العقد فصار كالمطلق بغير عقد.

والضرب الثاني: أن لا يسترجع منه الألف، ولا يقضي عليه بردها حتى يطلقها فينظر في زمان طلاقه، فإن كان قبل مضي شهر فهو طلاق في غير خلع، لأن عقد الخلع كان على إيقاع الطلاق فيه بعد شهر، فعلى هذا يكون رجعياً لا يستحق فيه عوض، وإن كان الطلاق بعد مضي شهر، فهو طلاق في خلع فاسد، فيكون الطلاق بائناً لا رجعة فيه،

لبقاء العقد على فساده، ويستحق فيه البدل، فعلى هذا اختلف أصحابنا هل يصير العوض بهذا الفساد مجهولاً أم لا؟.

فقال البغداديون: قد أفضى ذلك إلى جهالته لأن الأجل المشروط فيه يأخذ منه حظاً مجهولاً فصار الباقي منه مجهولاً فعلى هذا يكون له عليها مهر المثل قولاً واحداً لأن العوض المجهول لا مثل له ولا قيمة وقال البصريون العوض معلوم لا جهالة فيه لأن الطلاق قد وقع في أجله المشروط فلم يحتج إلى سقوطه ما قابله من العوض فكان معلوماً فعلى هذا يكون فيما يرجع به عليها قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: مثل الألف.

فصل: والمسألة الثانية: أن يأخذ منها ألفاً على أن يطلقها في الحال طلاقاً يستديم تحريمه إلى شهر، فإذا مضى الشهر عادت إلى إباحته، فهذا فاسد، لمعنيين:

أحدهما: أن تحريم الطلاق لا يتقدر وزمانه لا ينحصر.

والثاني: أن الخلع ما ملكت به نفسها، وهذه لم تملك نفسها، وإذا كان كذلك فالطلاق قد وقع مؤبداً، لأن حكمه لا يتغير بالشرط، وهو عن بدل فاسد.

فعلى قول البغداديين هو مع الفساد مجهول، فيكون له مهر المثل قولاً واحداً.

وعلى قول البصريين هو مع الفساد معلوم فيكون فيما يرجع به قولان.

فصل: والمسألة الثالثة: أن يأخذ منها ألفاً على أن يطلقها من وقته إلى شهر، فأي وقت طلقها فيه قبل الشهر وقع طلاقه في الخلع، وإن طلقها بعد الشهر لم يكن خلعاً فجعل الشهر أجلاً لصحة الخلع فيه ورفعاً له بعد تقضيه فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن الخلع صحيح، لأن الأجل لم يدخل في عقده، وإنما دخل في رفعه وأنه يجري مجرى قوله: متى أعطيتني ألفاً في هذا الشهر فأنت طالق، فيكون خلعاً جائزاً، فعلى هذا إن طلقها في الشهر، فهو طلاق في خلع صحيح يقع بائناً، ويستحق الألف، وإن طلقها بعد الشهر فهو طلاق في غير خلع يقع رجعياً، ولا شيء له.

والوجه الثاني: أن الخلع باطل، لأن دخول الأجل فيه لوقوع الطلاق قبل انقضائه كدخوله فيه لوقوع الطلاق بعد انقضائه في أنه مؤجل غير مطلق، فعلى هذا، إن طلقها قبل الشهر فهو طلاق في خلع فاسد، يقع بائناً ويصير البدل فيه مجهولاً على قول البغداديين والبصريين جميعاً، فيكون لها المثل قولاً واحداً، وإن طلّقها بعد الشهر فهو طلاق في غير خلع يكون رجعياً ولا شيء له.

فصل: والمسألة الرابعة: أن يأخذ منها ألفاً على أن يطلقها في الحال طلاقاً تعلق وقوعه برأس الشهر، فيقول: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على هذا الألف، فقد اختلف أصحابنا في صحة هذا الخلع على وجهين:

أحدهما: أنه خلع صحيح، لأن عقد الطلاق معجل، وإن كان وقوعه مؤجلاً، فعلى هذا تكون قبل الشهر زوجة يستبيح الاستمتاع بها، فإذا جاء رأس الشهر، طلقت طلاقاً بائناً بالعقد المتقدم، واستحق جميع الألف بصحة الخلع.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه خلع فاسد لمعنيين:

أحدهما: أن المعتبر بالطلاق حال وقوعه دون عقده، ألا تراه لو حلف لا يطلق امرأة فقال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يحنث بقوله، فإذا دخلت الدار حنث، ووقع الطلاق مؤجلاً فصار طلاقاً إلى أجل.

والمعنى الثاني: أنه يصير مالكاً للألف قبل أن تملك نفسها بالطلاق، فعلى هذا إذا جاء رأس الشهر طلقت طلاقاً بائناً، سواء قضى عليه برد الألف أم لا، لأنه طلاق قد انعقدت صفته بالبدل فلم يجد سبيلاً إلى ردّه فوقع، والبدل فيه معلوم على قول البغداديين والبصريين ففيما يرجع به عليهما قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: مثل الألف.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَتَا طَلِّقْنَا بِأَلْفٍ ثُمَّ ارْتَدَّتَا فَطَلَّقَهُمَا بَعْدَ الرِّدَّةِ وَقَفَ الطَّلَاقُ فَإِنْ رَجَعَتَا فِي العِدَّةِ لَزِمَهُمَا وَالعِدَّةُ مِنْ يَوْمِ الطَّلَاقِ وَإِنْ لَمْ يَرْجِعَا حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ لَمْ يَلْزَمْهُمَا شَيْءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كان له زوجتان فقالتا له طلقنا بألف، فمن تمام هذا الطلب منهما أن يكون طلاقه على الفور جواباً لهما، لأنها إجابة يراعى فيها على الفور، وإن لم يطلقهما حتى تراخى الزمان، بطل حكم الطلب، وصار مبتدئاً بالطلاق من غير طلب تقدم، فإن لم يشرط فيه العوض بل قال: أنتما طالقتان وقع الطلاق رجعياً سواء قبلتاه أم لا، وسواء بذلتا عليه عوضاً أم لا، لأنه طلاق مجرد عن غير عوض فيه، أو طلب تقدمه، ويكون ما بذلتاه من العوض بعده هبة منهما يراعى فيهما حكم الهبات ولا يرتفع بها الرجعة، وإن شرط فيه العوض فقال: أنتما طالقتان على ألف فإن قبلتا ذلك منه في الحال وقع الطلاق بائناً بالبذل والقبول، فاستحق فيه البدل، وإن لم يقبلاه لم يقع، لأنه مقيد بشرط لم يوجد، فإذا ثبتت هذه الجملة وسألتاه أن يطلقهما على الألف فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يطلقهما معاً في الحال فقد أجابهما إلى ما سألتاه ووقع طلاقهما بائناً ثم لا تخلو حالهما في الألف من أحد أمرين: إما أن يبينا ما على كل واحدة منهما من الألف، وإما أن يطلقاه، فإن بينتاه من تساوٍ أو تفاضلٍ فجعلتا الألف بينهما نصفين أو التزمت من الألف بمائة والأخرى تسعمائة صحّ العوضُ، ولزم كل واحدة منهما ما سمته من الألف، وإن أطلقتا الألف بينهما ولم يفصلا ما يخص كل واحدة منهما ففيه قولان كمن أصدق زوجتين ألفاً في عقد واحد، ولم يفصل مهر كل احدة من الألف:

أحدهما: أن الخلع بالألف باطل، إذا قيل: إن الصداق باطل، لأن قسط كل واحدة منهما من الألف مجهول، فيكون له على كل واحدة منهما في الخلع مهر مثلها كما كان لكل واحدة منهما عليه في الصداق مهر مثلها.

والقول الثاني: أن الخلع بالألف صحيح، وإذا قيل: إن الصداق صحيح، لأن ما جمعته الصفقة من الأعيان المختلفة، يسقط البدل فيه على القيم كمن اشترى عبدين بألف فعلى هذا يقسط الألف بينهما في الخلع على مهور أمثالهما فيلزم كل واحدة منهما من الألف قسطها من مهر المثل، كما قسطت الألف بينهما في الصداق على مهور أمثالهما، فكان لكل واحدة منهما من الألف بقسطها من مهر المثل.

ومثال ذلك: أن يكون مهر مثل إحداهما ألف، ومهر الأخرى خمسمائة، فتكون الألف بينهما أثلاثاً يخص التي مهر مثلها ألف ثلثا الألف، والتي مهر مثلها خمسمائة ثلث الألف فهذا حكم القسم الأول إذا طلقهما في الحال.

والقسم الثاني: أن يطلق إحداهما في الحال، دون الأخرى فقد طلقت بائناً، وعليها من الألف إن سمت شيئاً ما سمته وإن لم تسم شيئاً كان على القولين:

أحدهما: مهر مثلها.

والثاني: بقسطه من الألف.

فأما الأخرى فلا طلاق عليها ولا شيء له.

والقسم الثالث: أن لا يطلقهما في الحال فلا طلاق ولا عوض، فإن استأنف طلاقاً كان كالمبتدىء فيكون على ما قدمناه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فمسألة الكتاب أن يطلقهما بالألف بعد مسألتهما، ويكون منهما بعد المسألة ارتداد عن الإسلام فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون ردتهما بعد الطلاق فقد وقع الطلاق ناجزاً بالبدل المسمى على ما مضى وما حدث من ردتهما بعد وقوع الطلاق عليهما غير مؤثر فيه، وعدتهما من وقت الطلاق.

والضرب الثاني: أن يرتدا عن الإسلام بعد سؤالهما في الحال، وقبل الطلاق فيطلقهما الزوج في الحال بعد الردة من غير تراخٍ لسؤالهما فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الزوجتان غير مدخول بهما، فقد بانتا بالردة والطلاق بعدها غير واقع عليهما، فلا يلزمهما شيء أقامتا على الردة أو عادتا إلى الإسلام، لأن غير المدخول بها تبين بالردة في الحال.

والضرب الثاني: أن يكونا مدخولاً بهما بوقوع الطلاق عليهما موقوف على ما يكون من إسلامهما في العدة، ولأن نكاح المرتدة موقوف على إسلامها في العدة، وإذا كان كذلك فهما ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسلما معاً قبل انقضاء عدتهما فالطلاق واقع عليهما، لأن الإسلام في العدة قد رفع سابق الردة، وصادف الطلاق نكاحاً ثابتاً فوقع بائناً، وكان له عليهما الألف على ما تقدم بيانه.

والحال الثانية: أن يتأخر إسلامهما من الردة حتى تنقضي العدة، فالطلاق غير واقع لارتفاع النكاح بالردة، فصادف وقوع الطلاق غير زوجة، فلم يقع، وإذا لم يقع فالألف مردودة عليهما.

والحال الثالثة: أن تسلم إحداهما قبل العدة، وتقيم الأخرى على ردتها إلى انقضاء العدة، فالتي أسلمت قبل العدة يقع الطلاق بائناً عليها ويلزمها من الألف ما بيناه إن سمت منها قدراً لزمها المسمى، وإن لم تسم منها شيئاً فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: قسط مهر مثلها من الألف.

والثاني: مهر مثلها، وتكون عدتها من وقت الطلاق.

فأما المقيمة على الردة إلى انقضاء العدة فلا طلاق عليها، ولا شيء له، وعدتها من وقت الردة، فلو اختلفا مع الزوج في إسلامهما من الردة هل كان قبل العدة أو بعدها؟ فادعاه الزوج قبل العدة ليقع طلاقه، ويستحق الألف، وادعتاه بعد العدة إنكاراً لطلاقه واستحقاق الألف، فالقول قولهما مع أيمانهما، ولا شيء عليهما، لأن الإسلام والعدة منهما، فكان المرجوع فيهما إلى قولهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ لَهُمَا أَنْتُمَا طَالِقَتَانِ إِنْ شِئْتُمَا بِأَلْفٍ لَمْ يُطَلَّقَا وَلاَ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى يَشَاءَا مَعاً فِي وَقْتِ الْخِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قال الرجل لزوجتيه: أنتما طالقتان على إن شئتما، كان وقوع الطلاق عليهما معلقاً بوجود المشيئة منهما، ومشيئتهما معتبرة على الفور في وقت الخيار على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: خيار القبول.

والثاني: خيار الجواب.

والفرق بينهما ما ذكرناه من يسير المهلة المعتبرة بالعرف، وإذا كان كذلك فلها ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يشاءا معاً في الحال، فقد وقع الطلاق عليهما، وصار الخلع لازماً لهما، لأن المشيئة وإن كانت صفة لوقوع الطلاق فهي قبول للخلع فلا يحتاج معها إلى تصريح بالقبول، وإذا صح الخلع بالمشيئة ولزم ففيما يلزمهما من العوض قولان:

أحدهما: الألف مقسطة بينهما على قدر مهور أمثالهما.

والقول الثاني: تسقط الألف، ويلزم كل واحدة منهما مهر مثلها.

والحال الثانية: أن لا يشاءا أو لا واحدة منهما فلا طلاق ولا خلع، لأن صفة الطلاق لم توجد فلو تمادى بهما زمان المشيئة ثم شاءتا من بعد لم يؤثر مشيئتهما لاستحقاقها على الفور من وجهين:

أحدهما: ما فيها من قبول العقد.

والثاني: ما فيها من قبول التمليك فصارت المشيئة واقعة في غير موضعها شرعاً فجرت مجرى وقوعها في موضعها شرطاً.

والحال الثالثة: أن تشاء إحداهما دون الأخرى فلا طلاق على واحدة منهما، لأن شرط الطلاق وجود المشيئة منهما، فإذا وجدت من إحداهما لم تكمل الصفة فلم يقع الطلاق، وجرى ذلك مجرى قوله: أنت طالق إن شاء زيد وعمرو، فشاء إحدهما لم تطلق.

فإن قيل: أفليس لو قال لهما أنتما طالقتان على ألف فقبلت إحداهما دون الأخرى طلقت القابلة ولم تطلق الأخرى فهلا طلقت التي شاءت ولم تطلق الأخرى.

قيل: لأنه جعل مشيئتهما شرطاً فلم يوجد بمشيئة إحداهما فلم تطلق واحدة منهما، وليس كذلك إذا طلقهما بألف فقبلت إحداهما، لأنه لم يجعل ذلك صفة لوقوع الطلاق ولا اجتماع قبول المشتركين في العقد شرط في صحته، بل قبول كل واحد منهما معتبر في حق نفسه، ألا تراه لو قال لرجلين: قد بعتكما عبدي بألف فقبل أحدهما دون الآخر لزم القابل ابتياع نصف العبد بنصف الألف، وإن لم يلزم ابتياع نصفه الآخر.

فلو قالت الزوجتان في الحال: قد شئنا فكذبهما في المشيئة، وقع الطلاق مع تكذيبه لهما.

فإن قيل: أفليس لو قال لهما: إذا حضتما فأنتما طالقتان.

فقالتا: قد حضنا، فكذبهما لم يقطع الطلاق فما الفرق بينهما.

قيل: الفرق بينهما أن مشيئتهما إنما هي وجود القول منهما، وقد وجد مع التكذيب فوقع الطلاق، ولا يكون حيضها وجود القول منهما فإذا أكذبهما فيه لم يعلم وجوده فلم يقع الطلاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مَحْجُوراً عَلَيْهَا وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِما وَطَلَاقُ غَيْرِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا بَائِنٌ وَعَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأُخْرَى وَيَمْلِكُ رَجْعَتَهَا (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هَذَا عِنْدِي يَقْضِي عَلَى فَسَادِ تَجْوِيزِهِ مَهْرُ أَرْبَعٍ فِي عُقْدَةٍ بِأَلْفٍ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَهْرِ أَرْبَعٍ فِي عُقْدَةٍ بِأَلْفٍ وَخَلْعِ أَرْبَعٍ فِي عُقْدَةٍ بِأَلْفٍ فَإِذَا أَفْسَدَهُ فِي إِحْدَاهُمَا لِلْجَهْلِ بِمَا يُصِيبُ كُلَّ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَسَدَ فِي الْأُخْرَى وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ وَعَلَيْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل يقول لزوجته، وإحداهما محجور عليها: أنتما طالقتان على الألف إن شئتما فشاءتا معاً، طلقتا، لأنه علّق طلاقهما بوجود مشيئتين، وقد وجدتا، فأوجب ذلك وقوع طلاقهما، ويكون طلاق غير المحجور عليها بائناً، وفيما يستحقه عليها قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: بقسط مهر مثلها من الألف.

فأما طلاق المحجور عليها فيكون رجعياً، لأن الخلع عقد يصح مع الحجر.

فإن قيل: فإذا لم يصح خلعها فينبغي أن لا تصح مشيئتها.

قيل: المعتبر في المشيئة التمييز وفي الخلع جواز التصرف، وللمحجور عليها تمييز فصحت مشيئتها، ولا يجوز تصرفها فلم يصح خلعها، فلو كانت والمسألة بحالها إحداهما مجنونة فشاءتا لم يقع طلاقهما، لأن المجنونة لا تمييز لها، فلم تصح مشيئتها، وكانت كمن لم تشاء، ولو كانت إحداهما صغيرة فشاءتا، تطرح الصغيرة فإن كانت غير مميزة لم تصح مشيئتها، كالمجنونة، فلم يقع الطلاق، وإن كانت مميزة صحّت مشيئتها كالمحجور عليها، ووقع طلاقها، وكان طلاق الكبيرة بائناً، وطلاق الصغيرة رجعياً.

فأما المزني فإنه رأى الشافعي قد أوجب على الجائزة الأمر مهر مثلها فقال: «هذا يقضي على فساد تجويزه مهر أربع في عُقدةٍ بألف، لأنه لا فرق بين مهر أربع في عقدة بألف، وخلع أربع في عقدة بألف.

والأمر على ما قاله المزني، وإنما ذكره الشافعي هاهنا أحد القولين، وفي كل واحدة من مسألة الخلع والصداق قولان فهما سواء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ طَلِّقْ فُلَانَةَ عَلَى أَنَّ لَكَ عَلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَفَعَلَ فَالأَلْفُ لَهُ لَازِمَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خالعه أجنبي على طلاق زوجته، فإن كان بإذنها صحّ، وكان وكيلاً لها على ما سنذكره، وإن كان الأجنبي قد خالع بغير إذن الزوجة بمال في ذمته فقال له: طلق زوجتك فلانة بألف درهم لك عليّ، صحّ الخلع ووقع الطلاق، ولزم الأجنبي الألف التي بذلها، وهو قول الجمهور.

وقال أبو ثور: الخلع باطل، والطلاق غير واقع فيه، استدلالاً بأن الخلع عقد معاوضة يملك به البضع، والبضع لا يجوز أن يملكه بالعوض، إلا زوج بنكاح أو زوجة بخلع، فلما لم يملكه الأجنبي كالخلع ولا الزوجة بغير إذنها اقتضى أن يكون فاسداً، ولأن الأعواض إنما تبذل في الأغراض الصحيحة، وإلا كانت سفهاً، ومن أكل المال بالباطل، ولا غرض للأجنبي في هذا الخلع فوجب أن يكون مردوداً، وهذا خطأ.

ودليلنا هو أنه لما جاز للزوج أن يطلق بغير بذل، وجاز للأجنبي أن يبذل له ماله بغير طلاق جاز أن يطلق الزوج على المال الذي بذله الأجنبي، فيقول: كل من صحّ منه بذل المال بغير طلاق صحّ بذله على الطلاق كالزوجة طرداً، والصغيرة عكساً، ولأن العتق كالطلاق، يتنوع تارة بعوض، وتارة بغير عوض، فلما جاز أن يبذل الأجنبي مالاً في العتق، وإن لم يملك به شيئاً جاز أن يبذل مالاً في الطلاق وإن لم يملك به شيئاً.

فأما استدلاله بأن الخلع عقد معاوضة كالبيع فالجواب عنه أنه مفارق للبيع في أحكام وإن وافقه في أحكام، لأن المقصود بالبيع تملك المبيع، والمقصود بالخلع إزالة ملك الزوج، فجاز أن يزول إلى غير متملك كما يجوز أن يزيله بالطلاق المجرد إلى غير متملك بخلاف البيع.

وأما استدلاله بعدم الغرض فيه، فخطأ، لأن الغرض فيه موجود وقد يكون من وجوه:

أحدها: أن يراهما الأجنبي مقيمين على نكاح شبهة يؤول إلى مأثم فأحبّ أن يستنقذهما منهما.

والثاني: أن يراهما قد خرجا في الزوجية إلى أن صار كل واحد منهما غير مؤد للحق فيها.

والثالث: أن يكون لرغبة الأجنبي في نكاحها فيستنزل بالخلع الزوج عنها.

فصل: فإذا ثبت جواز خلع الأجنبي، فلو كان للزوج امرأتان فخالعه الأجنبي عنهما بألف من ماله صحّ الخلع بالألف، وإن لم يفصل حصة كل واحدة منهما من الألف قولاً واحداً، لأن الألف لازمة للأجنبي وحده، ومستحقة للزوج وحده، فجاز أن لا ينفصل، وليس كبذل الزوجتين الذي يجب أن تنفصل ما تلتزمه كل واحدة، فلو خالعه الأجنبي على طلاق إحداهما مبهمة من غير تعيين ولا تسمية لم يجز، وكان خلعاً فاسداً، لأنه عقد معاوضة لا يصح إلا على معين كالبيع.

فصل: وإذا كان له زوجتان فقالت له إحداهما: طلّقني وضرّتي بألف لك عليّ، فإن طلقهما صح الخلع، وكان له عليها ألف عنها، وعن ضرته قولاً واحداً، وإن طلقها دون ضرتها كان فيما يلزمها قولان، لأن الألف قد تفصلت:

إحداهما: مهر مثلها.

والثاني: بقسط مهر مثلها من الألف.

ولو طلق ضرتها دونها طلقت، وكان فيما يلزم الباذلة قولان:

أحدهما: مهر مثل الضرة المطلقة.

والثاني: بقسط مهر مثلها من الألف.

فصل: ولو قالت له إحدى زوجتيه: طلّقني بألف لك عليّ على أن تطلق ضرتي، أو قالت: طلّق ضرتي بألف لك عليّ أن لا تطلقني.

فأجابها إلى ما سألت وقع الطلاق، ولزمها مهر المثل، لأنه قد اقترن بالخلع شرط فاسد بسقوطه من العوض ما صار به مجهولاً فلزم فيه مهر مثل المطلقة قولاً واحداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَجُوزِ مَا اخْتَلَعَتْ بِهِ الأَمَةُ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهَا».

قال الماوردي: إذا خالعت الأمة زوجها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بإذن السيد.

والثاني: أن يكون بغير إذنه.

فإن كان بإذن السيد فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأذن لها أن تخالعه بمال في ذمتها، ولا يجوز أن تخالعه على ما بيدها من الأعيان، لأن الإذن لم يتناولها، فإن خالعته على غير مال بيدها للسيد لم يجز ونُظِرَ في طلاق الزوج، فإن كان مقيداً بتلك العين لم يقع الطلاق، وإن كان ناجزاً وقع الطلاق، وكان له عليها بذل الخلع في ذمتها يؤديه بعد عتقها وفيه قولان:

أحدهما: مهر مثلها.

والثاني: مثل ما خالعت عليه إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، وإن خالعته على مال في ذمتها صح الخلع واستفادت بالإذن أن تؤديه من كسبها، ولم يجز أن تؤديه من الأعيان التي بيدها، فإن كان ما خالعت به قدر مهر مثلها أدَّت جميعه من كسبها، وإن كان أكثر من مهر المثل أدَّت من كسبها قدر مهر المثل، وكان الفاضل عليه باقياً في ذمتها تؤديه بعد عتقها فلو لم يكن لها كسب تؤدّي منه قدر ما خالعت عليه من مهر المثل لم يلزم السيد غرمه، لأنه لم يضمنه في ذمته، ولا في رقبة أمته، وكان ذلك في ذمتها إلى أن تؤديه من كسب إن حدث لها في الرق، أو بعد عتقها.

وهكذا لو قتلها السيد أو باعها بحيث لا يقدر الزوج على مطالبتها، لم يضمن السيد ذلك عنها، وإن أذن لها.

والقسم الثاني: أن يأذن لها أن تخالعه على عين في يدها كأنه قال لها: خالعيه على هذا الثوب، أو على هذا الخاتم، فإن خالعته عليه جاز، وإن خالعته على غيره من الأعيان لم يجز، وإن خالعته على مال في ذمتها جاز، ولم يكن لها أن تؤديه من كسبها لعدم الإذن فيه، وكان باقياً في ذمتها إلى أن تؤديه بعد عتقها.

والقسم الثالث: أن يأذن لها إذناً مطلقاً، ولا يذكر عيناً ولا ذمة فإن خالعته على مال في ذمتها جاز، وكان لها أن تؤديه من كسبها إن كان بقدر مهر المثل فما دون، وإن كان أكثر منه كانت الزيادة عليه باقية في ذمتها إلى وقت العتق، وإن خالعته على عين في يدها نُظِرَ، فإن كان قد أذن لها بالتصرف في تلك العين صحّ خلعها عليها، إن كان بقدر مهر مثلها، وإن لم يكن قد أذن لها بالتصرف فيها لم يصحَّ خلعها بها، وكان فيما يرجع به الزوج عليها قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: مثل تلك العين إن كان لها مثل، وقيمتها إن لم يكن لها مثل، ولها أن تؤدي من كسبها لإذن السيد لها.

فصل: وإن خالعته بغير إذن السيد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تخالعه على عين في يدها، فالخلع باطل، سواء ملّكها السيد تلك العين أو لم يملكها، لأنه قد ملكها فملكت على قوله القديم لكان له عليها حجر فيها يمنع من التصرف، وإذا كان كذلك نُظِر في طلاق الزوج، فإن كان مقيداً بتملك تلك العين فهو غير واقع، وإن كان ناجزاً وقع، وفيما يرجعه عليهما بعد عتقها قولان:

أحدهما: مهر مثلها.

والثاني: مثل تلك العين، أو قيمتها، فلو أن السيد بعد أن خالعت على تلك

العين أجاز خلعها لم يصح لوقوعه فاسداً.

والضرب الثاني: أن تخالعه على مال في ذمتها، فالخلع جائز وليس لها دفع المال من كسبها، لعدم إذن السيد فيه، ويكون في ذمتها إلى أن تؤديه بعد عتقها.

فإن قيل: فكيف يصح أن يكون مؤجلاً إلى وقت العتق وهو أجل مجهول.

قيل: إنما تكون جهالة الأجل موجبة لفساد العقد، إذا كان الأجل معلقاً بالشرط دون الشرع، ولا يبطل إذا كان واجباً بالشرع إلا أن ترى إعسار المشتري بالثمن يوجب إنظاره إلى وقت يساره، ولو شرطته في العقد لم يجز.

كذلك الأمة إذا خالعته بمال أوجب الشرع إنظارها به إلى وقت العتق جاز، ولو شرطته إلى وقت العتق لم يجز، وكان فاسداً يرجع عليها فيه بمهر المثل بعد العتق، وهكذا خلع المدبرة، وأم الولد والمعتقة بصفة لم تأت.

فأما التي نصفها حر، ونصفها مملوك، فإن خالعته على ما يملكه بنصفها الحر جاز، وكانت فيه كالحرة وإن خالعته على ما يملكه السيد لم يجز، وكانت فيه كالأمة، وإن خالعته على الأمرين صارت الصفة فيه جامعة لأمرين يختلف حكمهما فيكون على ما يوجبه تفريق الصفقة بعد جمعها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ الْمُكَاتِبَةُ وَلَوْ أَذِنَ لَهَا سَيِّدُهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ لِلسَّيِّدِ فَيَجُوزُ إِذْنُهُ فِيهِ وَلاَ لَهَا فَيَجُوزُ ما صَنَعَتْ فِي مَالِهَا وَطَلاَقِهِمَا بِذَلِكَ بَائِنٌ فَإِذَا أُعْتِقَتَا اتَّبَعَ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِمَهْرِ مِثْلِهَا كَما لا أَحْكُمُ عَلَى الْمُفْلِسِ حَتَّى يُوسِرَ».

قال الماوردي: إذا خالعت المكاتبة زوجها لم يخل خلعها من أحد أمرين: إما أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذنه فهي فيه كالأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها، لأنها وإن خالفت الأمة في التملك والتصرف فهو مقصود على آدائه في مال الكتابة دون غيره، وهي كالأمة فيما سواه، وإن خالعته بإذن السيد فهو إذن منه باستهلاك مال في غير الآداء، وقد اختلف قول الشافعي في السيد إذا أذن لمكاتبه في الهبة هل يصح إذنه فيه، ويجوز هبته له أم لا على قولين:

أحدهما: يصح لأن المكاتب أقوى تصرفاً من العبد، فلما صحت هبة العبد بإذن سيده كان أولى أن تصح هبة المكاتب بإذن سيده.

والقول الثاني: أنه لا يصح هبته بإذن السيد، وإن صحت هبة العبد، لأن السيد يملك ما في يد عبده، فصح إذنه فيه، ولا يملك ما في يد مكاتبه، فلم يصح إذنه فيه، فإذا ثبت القولان في هبة المكاتب بإذن السيد، فقد اختلف أصحابنا في خلع المكاتبة

بإذن السيد: فذهب أكثرهم إلى أنه على قولين كالهبة، لأنه ليس الاستهلاك بالخلع أغلظ من الاستهلاك بالهبة، بل هو أحسن حالاً، لأنها قد تملك به البضع، ولا تملك بالهبة شيئاً على أصح قوليه في سقوط المكافاة.

وقالت طائفة منهم: إن خلعها باطل مع إذن السيد وإن كانت هبتها بإذنه على قولين. وفرقوا بينهما بأن ما يعود من مكافأة الهبة وامتنانها راجع إلى السيد، وما يعود بالخلع من ملك البضع يكون للمكاتبة فافترق إذن السيد فيهما لافتراقهما في عود كل واحد منهما، والطريقة الأولى أصح، وليس لهذا الفرق وجه، ولو قلب كان أولى لما ذكرنا.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فإن قلنا بجواز الخلع بإذنه صحّ إذا كان بمهر المثل فما دونه، ولا فرق بين أن يأذن لها أن تخالعه بمال في ذمتها فتعدل إلى الخلع بمال في يدها أو يأذن لها أن تخالعه بمال في ذمتها فتعدل عنه إلى مال في ذمتها، أو يأذن لها في عين، فتعدل إلى غيرها إذا كانت قيمتها سواء، بخلاف الأمة.

والفرق بينهما أن الحجر على المكاتبة في قدر المال، وليس عليها حجر في أعيانه، لأن لها نقل الأعيان من عين إلى عين، فلذلك جاز خلعها بعد الإذن بكل عين، والحجر على الأمةِ واقع في قدر المال، وفي أعيانه، وليس لها نقل عين إلى عين، فلم يجز أن تعدل في الخلع من عين إلى عين.

وإن قلنا: إن الخلع لا يصح من المكاتبة بإذن السيد، وغير إذنه كانت فيه كالأمة إن خالعته على مال في ذمّتها أدّته بعد عتقها، وإن خالعته على عين بيدها، نُظِرَ في طلاق الزوج لها فإن كان مقيداً بها لم تطلق، وإن كان ناجزاً طلقت، وكان فيما يرجع عليها بعد العتق قولان:

أحدهما: مهر المثل.

والثاني: مثل ما خالعت به إذا كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا أَجَزْتُ طَلاَقَ السَّفِيهِ بِلاَ شَيْءٍ كَانَ مَا أَخَذَ عَلَيْهِ جَعَلا أَوْلَى وَلِوَلِيِّهِ أَنْ يَلِيَ عَلَى مَا أَخَذَ بِالْخُلْعِ لأَنَّهُ مَالُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، طلاق السفيه واقع، وخلعه جائز.

وقال أبو يوسف: لا يقع طلاقه ولا يصح خلعه، وبه قال ابن أبي ليلى، وقد مضى الكلام معها على وقوع طلاقه في كتاب الحجر وإذا صح وقوع طلاقه صح جواز خلعه، لأنه لما جاز طلاقه بغير عوض كان بالعوض أجوز، وإذا كان خلعه جائزاً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون على طلاق ناجز بعوض الذمة، كأنه طلق زوجة واحدة على ألف درهم في ذمتها، فقد صارت الألف ديناً في ذمتها بعد وقوع الطلاق، وعليها فلا يجوز لها أن تدفع الألف إليه، لأنه بالحجر ممنوع من قبض ماله، ويدفعها إلى وليه لقبض ماله، فإن دفعت الألف إليه لم تبرأ منها إلا أن يبادر الولي إلى قبضها سنة فتبرأ حينئذ منها، بأخذ الولي لها فإن لم يأخذها الولي منه حتى تلفت من يده كانت تالفة من مال الزوجة، وعليها أن تدفع إلى الولي ألفاً ثانية، وليس لها أن ترجع على السفيه بالألف التي استهلكها ما كان الحجر باقياً عليها، فإن فك حجره بحدوث رشده لم يجب عليه غرمها حكماً، وفي وجوب غرمها عليه فيما بينه وبين الله تعالى وجهان ذكرناهما في كتاب الحجر.

فصل: والضرب الثاني: من خلعه أن يكون على طلاق مقيد بالدفع مثل أن يقول لزوجته: إن دفعت إليّ ألف درهم فأنت طالق فيجوز للزوجة أن تدفع ذلك إليه، ولا تدفعه لوليه بخلاف ما كان في الذمة من وجهين:

أحدهما: أنه قد كان مالكاً لما في الذمة قبل الدفع لا يملك هذا إلا بالدفع.

والثاني: أنها لو دفعت هذا إلى الولي لم تطلق، لأن الطلاق معلق بالدفع إليه، وما في الذمة قد تقدم عليه وقوع الطلاق، فافترقا من هذين الوجهين، وإن كان كذلك ودفعت إليه ما طلقها عليه لم تضمنه، لأنه ما تعلق بذمتها، ولا ملكه إلا بأخذه منها، وعلى الولي أن يبادر إلى أخذه، فإن لم يأخذه حتى تلف فلا غرم فيه ولا رجوع ببدله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَمَا أَخَذَ الْعَبْدُ بِالْخُلْعِ فَهُوَ لِسَيِّدِهِ فَإِنْ اسْتَهْلَكَا مَا أَخَذَا رَجَعَ الْوَلِيُّ وَالسَّيِّدُ عَلَى الْمُخْتَلِعَةِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ حَقٌّ لَزِمَهَا فَدَفَعَتْهُ إِلَى مَنْ لاَ يَجُوزُ لَهَا دَفْعُهُ إِلَيْهِ».

قال الماوردي: هذا صحيح، وخلع العبد جائز، وإن كان بغير إذن السيد، لأنه لما جاز طلاقه بغير إذنه كان خلعه أجوز وهو ضربان:

أحدهما: أن يكون الطلاق فيه مقيداً بالدفع إليه كقوله: إن دفعتِ إليّ ألفاً فأنت طالق، فيجوز أن تدفع إليه ألفاً ليطلق بها، ويجوز له قبضها، لأن يملكها ولا ضمان عليها، لأنه لم يتعلق بذمتها وللسيد أن يأخذها من عبده، لأنها من كسبه، فإن لم يأخذها منه حتى تلفت في يده فهي تالفة من مال السيد ولا رجوع له ببدلها.

والضرب الثاني: أن يكون طلاق خلعه ناجزاً بمال في ذمتها كقوله: أنت طالق على ألف درهم عليك، فلا يخلو حال العبد في ذلك مع سيده من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن له في قبضها فيجوز له قبضها، وتبرأ الزوجة منها بدفعها إليه.

والحال الثانية: أن ينهاه عن قبضها فلا يجوز له أن يقبضها، ولا تبرأ الزوجة منها بدفعها إليه إلا أن يبادر السيد بأخذها منه فتبرأ حينئذ الزوجة منها، فلو لم يأخذها السيد من العبد حتى تلفت في يده كان له مطالبة الزوجة بها، وإغرامها إياها، فإذا غرمتها رجعت بها على العبد إذا أعتق، وليس رجوع حكم بت بخلاف السفيه، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن للعبد ذمة وليس للسفيه ذمة.

والثاني: أن عجز العبد بحق سيده يزول بعتقه، وحجر السفيه بحفظ ماله ولا ينحفظ بغرمه بعد رشده.

والحال الثانية: أن لا يأذن له السيد في القبض، ولا ينهاه عنه، فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين: إما أن يكون مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له، فإن كان غير مأذون له لم يكن له قبضها من الزوجة وكان حكمه لو قبضها كحكمه لو نهاه عن قبضها وإن كان مأذوناً له في التجارة ففي جواز قبضه لها بإذن التجارة وجهان:

أحدهما: يجوزله قبضها بمطلق ذلك الإذن لجواز تصرفه، وأنه لو جاز أن يقبض من مال سيده ما لم يكن من كسبه كان قبضه لما هو من كسبه أولى.

والوجه الثاني: ليس له قبضها بإذن التجارة، لأن الإذن بالتجارة مقصور على ما تعلق بالتجارة، ومال الخلع لا يتعلق بها، فعلى الوجه الأول إذا أقبضها برئت الزوجة منها، وعلى الوجه الثاني لا تبرأ منها.

فصل: فأما المكاتب فخلعه جائز، لأن طلاقه بغير عوض جائز، فكان بالعوض أجوز، وله قبض مال الخلع من زوجته وإن لم يأذن له السيد، سواء كان الخلع ناجزاً أو مقيداً، لأنه قد ملك بالكتابة أكسابه، وجاز تصرفه بخلاف العبد، وإنما الحجر عليه في الاستهلاك لا في الأكساب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوِ اخْتَلَفَا فَهُوَ كَاخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فَإِنْ قَالَتْ خَلَعْتَنِي بِأَلْفٍ وَقَالَ بِأَلْفَيْنِ أَوْ قَالَتْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي ثَلَاثاً فَطَلَّقْتَنِي وَاحِدَةً تَحَالَفَا وَلَهُ صَدَاقُ مِثْلِهَا وَلَا يَرُدُّ الطَّلَاقَ وَلَا يَلْزَمُهُ مِنْهُ إِلَّا مَا أَقَرَّ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا تخالع الزوجان ثم اختلفا في العوض تحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا.

وقال أبو حنيفة: لا يتحالفا، والقول فيه قول الزوجة مع يمينها استدلالاً بأنهما قد اتفقا على انتقال البضع إليها، واختلفا في مقدار العوض الذي في ذمتها فاقتضى أن يكون القول فيها قولها مع يمينها، لأن الأصل براءة الذمة كسائر الدعاوى.

ودليلنا هو أنه اختلاف في مقدار عوض ملك بعقد معاوضة فوجب أن يكون عدم البينة عليه موجباً لتحالف المختلفين فيه كالبيع والإجارة، ولأن كل واحد من الزوجين قد صار بالاختلاف مدعياً ومدعى عليه، فلم تكن اليمين في جنبة أحدهما بأولى منها في جنبة الآخر، فوجب أن يستويا في اليمين لاستوائهما في الإنكار.

فأما استدلاله بالاتفاق على ملك البضع والاختلاف في مقدار العوض فهو فاسد باختلاف الزوجين في قدر الصداق فإنهما قد اتفقا فيه على ملك الزوج له واختلفا في قدر الصداق الذي في ذمة الزوج له واختلفا في قدر الصداق الذي في ذمة الزوج، وهما يتحالفان فيه، ولا يكون القول فيه قول الزوج اعتباراً بهذا المعنى في براءة الذمة كذلك في الخلع.

فصل: فإذا ثبت أنهما يتحالفان مع اختلاف لم يخل اختلافهما من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يختلفا في العوض ويتفقا في عدد الطلاق، واختلافهما في العوض قد يكون تارة في الجنس كقول الزوج: خالعتك على مائة دينار، وتقول الزوجة: على مائة درهم.

ويكون تارة في المقدار فيقول الزوج: على ألف درهم، وتقول الزوجة: على مائة درهم.

ويكون تارة في الصفة فيقول الزوج: على ألف درهم بيض، وتقول الزوجة: على ألف درهم سود.

ويكون تارة في الأجل فيقول الزوج: على ألف حالة، وتقول الزوجة على ألف مؤجلة، أو يقول الزوج على ألف إلى شهر، وتقول الزوجة: على ألف إلى شهرين.

فإنهما يتحالفان في هذا الاختلاف كله إذا عدما البينة فيهم والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، لأنها لإثبات مال محض، فإذا تحالفا مع عدم البينة فهو كتحالفهما في اختلافهما في المبيع، وكاختلافهما في الصداق، فيكون صفة التحالف على ما تقدم شرحه، فإذا تحالفا فالطلاق واقع وهولايرتفع بعد وقوع التحالف، فيصير كتحالفهما في البيع بعد تلف المبيع الموجب للرجوع بقيمة المبيع، كذلك هاهنا يوجب الرجوع بقيمة البضع، وهو مهر المثل قولاً واحداً، وسواء كان مهر المثل أقلّ مما أقرت به الزوجة أو أكثر ممّا ادعاه الزوج، لأنه قيمة متلف قد سقط معه المسمى، فلم يعتبر فيه القلة ولا الكثرة.

والقسم الثاني: أن يختلفا في عدد الطلاق، ويتفقا على مقدار العوض.

فيقول الزوج: خالعْتُكِ على طلقة بألف، وتقول الزوجة: خالعتك على ثلاث

طلقات بألف، فإنما يتحالفان أيضاً كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا في قدر الثمن فإذا تحالفا لم يلزم الزوج من الطلاق إلا ما أقرّ به من الواحدة وله فيها مهر المثل، فإن أقام أحدهما بينة على ما ادّعاه من عدد الطلاق سمع فيها شاهد وامرأتان وشاهد يمين لأنهما لاستحقاق المال بالطلاق، ولو قال الزوج: خالعتك على ثلاث طلقات بألف، وقالت الزوجة: بل على طلقة بألف فلا تحالف بينهما لحصول ما ادعت وزيادة.

والقسم الثالث: أن يختلفا في قدر العوض، وعدد الطلاق فيقول الزوج: خالعتك على طلقة بألف، وتقول الزوجة: خالعتني على ثلاث بمائة، فإنهما يتحالفان أيضاً، ولا يلزم الزوج من الطلاق إلا ما اعترف به، وله مهر المثل قليلاً كان أو كثيراً، ولكن لو قال الزوج: خالعتك على ثلاث بمائة، وقالت الزوجة: خالعتني على واحدة بألف، فلا تحالف بينهما، لأنه قد زادها على ما ذكرت من الطلاق، ونقصها فيما اعترفت به من العوض.

فلو حلف أحدهما عند وجوب التحالف بالاختلاف ونكل الآخر قضى بقول الحالف منهما على الناكل.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ طَلَّقْتُكِ بِأَلْفٍ وَقَالَتْ بَلْ عَلَى غَيْرِ شَيْءٍ فَهُوَ مُقِرٌّ بِطَلَاقٍ لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ فَيَلْزَمُهُ وَهُوَ مُدَّعٍ مَا لَا يَمْلِكُهُ بِدَعْوَاهِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام إذا اتفقا على أصل الخلع، واختلفا في صفته أنهما يتحالفان.

فأما إذا اختلفا في أصل الخلع، فادعاه أحدهما، وأنكره الآخر، فلا تحالف فيه، ويكون القول قول منكره مع يمينه، كما لو اختلفا في أصل البيع فادعاه أحدهما وأنكره الآخر لم يتحالفا، وكان القول فيه قول المنكر مع يمينه، كذلك هاهنا، لأنه قد تعين أحدهما بالدعوى، وتعين الآخر بالإنكار، وإذا كان كذلك لم يخل اختلافهما في أصل الخلع من أحد أمرين: إما أن يدعيه الزوج، وتنكره الزوجة أو تدعيه الزوجة، وينكره الزوج.

فإن ادعاه الزوج وأنكرته الزوجة فصورته أن يقول الزوج: قد طلقتك واحدة على ألف درهم في ذمتك، أو على عبدك هذا، فتقول: بل طلقتني متبرعاً بغير بذل، فإن كان للزوج بينة سُمِعَتْ وهي شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، لأنها بينة إثبات مال، وإن لم يكن له بينة كان القول قول الزوجة مع يمينها، لأنها منكرة، ولا شيء عليها، إذا حلفت والطلاق واقع بائناً لا رجعة له فيه لاعترافه بسقوط رجعته، ولا شيء له عليها.

فإن قيل: فهلا كان إنكار الزوجة للخلع مانعاً من وقوع الطلاق عليها، كما كان إنكار المشتري للشراء مانعاً من ثبوت الملك له، والبائع مقر له بالملك، كما أن الزوج مقر له بالطلاق.

قيل: لأن للزوج أن ينفرد بوقوع الطلاق فلزمه الطلاق بإقراره، وليس للبائع أن ينفرد بتمليك المشتري، فلم يلزمه التمليك بإقراره، فلو عادت الزوجة بعد الإنكار واليمين فاعترفت للزوج بما ادّعاه من العوض لزمها دفعه إليه، ولو عاد الزوج فصدقها على أنه لم يكن خالعها ولا طلقها، لم يقبل قوله في رفع الطلاق، ولا في سقوط الرجعة، لأن من أقرّ بالتحريم قُبِلَ منه، ومن رجع عنه لم يُقْبَل منه.

فصل: وإن ادعته الزوجة وأنكره الزوج فصورته أن تقول الزوجة: قد خالعتني على طلقة بألف، فيقول الزوج: ما خالعتك ولا طلقتك، فالقول قول الزوج مع يمينه ما لم يكن للزوجة بينة، فإذا حلف فلا طلاق عليه، ولا ألف له، وإن اعترفت له الزوجة بها، لأنه لم يدعها فإن أقامت الزوجة عليه البينة قُبِلَ يمينه أو بعدها سمعت، وبينتها شاهدان لا غير، لأنها بينة إثبات طلاق لا تثبت إلا بشاهدين، فإن عاد الزوج فاعترف بالخلع قبل البينة أو بعدها قضى له بالألف، لأن الطلاق قد لزمه، والزوجة معترفة له بالألف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَجُوزِ التَّوْكِيلُ فِي الْخُلْعِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْداً أَوْ مَحْجُوراً عَلَيْهِ أَوْ ذِمِّيًّا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: التوكيل في الخلع جائز لقول الله تعالى: ﴿**فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا**﴾ [النساء: ٣٥]. وقد ذكرنا أن للحكمين أن يخالعا فدلّ على جواز التوكيل في الخلع.

ولأن عقد الخلع جامع بين الطلاق والبيع، والتوكيل جائز في كل واحد منهما فجاز فيما جمعهما.

ولأن عقد النكاح أغلظ من رفعه بالخلع والتوكيل في النكاح جائز فأولى أن يجوز في الخلع، وإذا كان ذلك جائز جاز أن توكل الزوجة دون الزوج، وأن يوكل الزوج دون الزوجة، لأن الزوجة في الخلع بمنزلة المشتري في البيع، والزوج بمنزلة البائع ويجوز في البيع أن يوكل المشتري دون البائع ويوكل البائع دون المشتري، فإذا تقرر جواز توكيل كل واحد من الزوجين في الخلع فصفة الوكيلين تختلف، لأن وكالة الزوجة في معاوضة محضة، ووكالة الزوج في معاوضة وطلاق والشروط المعتبرة في وكالتهما تنقسم في حق الوكيلين أربعة أقسام:

أحدهما: ما يعتبر في حق الوكيلين معاً، وهو البلوغ والعقل، فلا يجوز أن يكون وكيل كل واحد منهما صغيراً أو مجنوناً، لأنه لا يصح منهما عقد، لا يتعلق بقولهما حكم.

والقسم الثاني: ما لا يعتبر في حق الوكيلين معاً، وهو الحرية والإسلام، فيجوز أن يكونا عبدين وكافرين كما يجوز أن يكونا حرين ومسلمين لأمرين:

أحدهما: أنه يصح توكيلهما في الطلاق والبيع، فصح فيما جمعهما.

والثاني: أنه يصح منهما خلع أنفسهما، فصح فيه توكيلهما لغيرهما.

والقسم الثالث: ما يكون اعتباره في وكيل الزوجة أقوى من اعتباره في وكيل الزوج، وهو الرشيد فإنه لا يعتبر في وكيل الزوج، ويجوز أن يكون محجوراً عليه بالسفه، لأنه لو خالع لنفسه جاز، فجاز أن يكون وكيلاً في خلع غيره، وهل يعتبر في وكيل الزوجة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يعتبر في وكيلها، وإن وكلت سفيهاً جاز اعتباراً بوكيل الزوج.

والوجه الثاني: يعتبر الرشد في وكيل الزوجة، وإن لم يعتبر في وكيل الزوج كما يعتبر رشد الزوجة في الخلع، ولا يعتبر رشد الزوج، فلذلك إن وكلت الزوجة سفيهاً لم يجز، وإن وكل الزوج سفيهاً جاز.

فإن قيل: فوكالة الزوجة مختصة بمعاوضة محضة تم الرشد فيهما على هذا الوجه معتبر فوكالة الزوج المشتركة في طلاق ومعاوضة أولى أن يكون الرشد فيها معتبراً.

قيل: لما تفردت وكالة الزوجة بالمعاوضة تفردت بحكمها والرشد في عقود المعاوضات معتبر فاعتبر في وكالتها، ولما كانت المعاوضة في وكالة الزوج تبعاً للطلاق الذي لا يعتبر فيه الرشد، وكان التبع داخلاً في حكم المتبوع لم يكن الرشد في وكالته معتبراً.

والقسم الرابع: ما يكون اعتباره في وكيل الزوج أقوى من اعتباره في وكيل الزوجة وهو الذكورية لا تعتبر في وكالة الزوجة، فإن وكلت امرأة جاز، لأنه لما جاز أن تتولاه بنفسها مع أنوثتها جاز أن توكل فيه من مثلها، وكما يجوز أن تكون المرأة وكيلاً في البيع، وهل يعتبر ذلك في وكيل الزوج أم لا؟ على وجهين من اختلاف الوجهين في جواز توكيل المرأة في الطلاق:

أحدهما: لا يجوز، لأنها لا تملك الطلاق، فلم يجز أن تكون وكيلاً فيه، فعلى هذا يعتبر في وكيل الزوج أن يكون رجلاً.

والوجه الثاني: يجوز أن يكون وكيلاً في الطلاق، لأنه لو ملّكها الزوج طلاق نفسها ملكت، فجاز أن تكون وكيلاً في طلاق غيرها، فعلى هذا يجوز أن يوكل الزوج امرأة فصارت الشروط المعتبرة في وكيل الزوجة البلوغ والعقل دون الذكورية، وهل يعتبر فيه الرشد أم لا؟ على وجهين، والشروط المعتبرة في وكيل الزوج البلوغ والعقل دون الرشد، وهل يعتبر فيه الذكورية أم لا؟ على وجهين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ خَلَعَ عَنْهَا بِمَا لَا يَجُوزُ فَالطَّلَاقُ لَا يُرَدُّ وَهُوَ كَشَيْءٍ اشْتَرَاهُ لَهَا فَقَبَضْتُهُ وَاسْتَهْلَكَتْهُ فَعَلَيْهَا قِيمَتُهُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَ ذَلِكَ لَهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا عِنْدِي بِشَيْءٍ وَالْخُلْعُ عِنْدَهُ كَالْبَيْعِ فِي أَكْثَرِ مَعَانِيهِ وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مَا وَكَّلَهُ بِهِ صَاحِبُهُ بِمَا لَا يَجُوزُ مِنَ الثَّمَنِ بَطَلَ الْبَيْعُ فَكَذَلِكَ لَمَّا طَلَّقَهَا عَلَيْهِ بِمَا لَا يَجُوزُ مِنَ الْبَدَلِ بَطَلَ الطَّلَاقُ عَنْهُ كَمَا بَطَلَ الْبَيْعُ عَنْهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مقصورة على وكالة الزوجة فإذا وكلت في الخلع عنها من يجوز أن يكون وكيلاً لها فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون الوكالة مطلقة.

والثاني: أن تكون مقيدة.

فإن كانت الوكالة مطلقة فقالت له: خالع عني، ولم تذكر له من المال جنساً ولا قدراً، فعلى الوكيل أن يخالع عنها بمهر المثل حالاً من غالب نقد البلد من الدارهم والدنانير التي هي أثمان وقيم دون العروض والسلع، فيعتبر في إطلاقها جنساً، وهو غالب نقد البلد، وقدراً وهو مهر المثل، كما يعتبر إطلاق الوكالة في الشراء أن يكون الثمن من غالب نقد البلد، بثمن المثل، والحلول في الموضعين معتبراً، وإذا كان كذلك لم يخل حال الوكيل من أحد قسمين:

أحدهما: أن يخالع عنها بما كان مأموراً به في إطلاق الوكالة من غير مجاوزة، وهو مهر المثل حالاً من غالب النقد، فخلعه لازم للزوجة، ومضمون عليها وللوكيل في العقد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعقده على مال مضمون في ذمتها.

والحال الثانية: على مال مضمون في ذمته.

والحال الثالثة: أن يطلق فلا يشترط أن يكون في ذمتها، ولا في ذمته، فإن شرط أن يكون في ذمتها كان مضموناً عليها دون الوكيل، وهل يكون الوكيل مأخوذاً باستيفائه منها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ـ وهو الظاهر من مذهب الشافعي ـ أنه غير مأخوذ باستيفائه منها، لأن وكالته مقصورة على العقد دون غيره، فعلى هذا لو جحدت وكالته لم يؤخذ الوكيل بالغرم وللزوج إحلافها دون الوكيل، ويقع طلاقه بائناً، إن أكذبها في الجحود، ورجعياً إن صدقها عليه.

والوجه الثاني: ـ وهو الظاهر من قول أبي العباس بن سريج ـ أن الوكيل مأخوذ باستيفاء المال منها، لأنه من لوازم عقده، فعلى هذا إن جحدته الوكالة لزمه حينئذ ذلك للزوج لجحودها له، وكان له إحلاف الزوجة ووقع الطلاق بائناً سواء أكذبها الزوج على الجحود أو صدقها، لأنه يصير إلى المال من جهة الوكيل، وإن شرط الوكيل في العقد أن يكون المال في ذمته كان ضامناً بالعقد، وهل تضمنه الزوجة بالعقد أم لا على وجهين ذكرهما أبو العباس بن سريج:

أحدهما: تكون ضامنة له بالعقد لأجل إذنها فيه، فعلى هذا ليس للوكيل أن يطالبها بالمال قبل غرمه وإن أبرأه الزوج لم يرجع عليها، وإن أخذ الزوج به عوضاً من الوكيل رجع الوكيل عليها بالمسمى في العقد دون قيمة العوض.

والوجه الثاني: أنها لا تكون ضامنة له بالعقد لانقضاء حده في ذمة غيرها فعلى هذا ليس للوكيل أن يطالبها بالمال قبل غرمه وإن أبرأه الزوج لم يرجع عليها وإن أخذ الزوج به عوضاً من الوكيل رجع عليها الوكيل بأقل الأمرين من قيمة العوض أو المسمى.

فأما إذا أطلق الوكيل العقد فلم يشترط في ذمتها ولا في ذمته، فإنه يكون مضموناً على الوكيل في حق الزوج لإطلاقه بعقد قد تفرد به مضموناً على الزوجة في حق الوكيل، لتقدم إذنها له بما أوجب ضمانه، وهل يكون ضامنه في حق الزوج أم لا؟ على وجهين ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: يضمنه للزوج لنيابة الوكيل عنها فيه فعلى هذا يكون الزوج مخيراً بين مطالبتها، ومطالبة الوكيل، وليس للوكيل أن يرجع عليها، بذلك قبل غرمه لارتهان ذمتها به في حق الزوج.

والوجه الثاني: أنها غير ضامنة له في حق الزوج، لأنها لم تتول العقد، ولا سميت فيه فعلى هذا للزوج مطالبة الوكيل وحده، وليس له مطالبتها وللوكيل أن يستوفي ذلك منها قبل الغرم، فهذا حكم الخلع عنها معجلاً بمهر المثل من غالب نقد البلد وهذا الحكم لو خالع عنها بأقل من مهر المثل من غالب النقد لأنه إذا لزمها الخلع بمهر المثل كان بما دونه ألزم، وهكذا بمهر المثل مؤجلاً جاز، ولزمها، لأنه لما ألزمها بالمعجل كان بالمؤجل ألزم، ولأن لها تعجيل المؤجل.

فصل: والقسم الثاني: أن يعدل عما كان يقتضيه إطلاق العقد من مهر المثل إلى غيره فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعدل إلى الزيادة عليه من جنسه كأنه كان مهر مثلها ألفاً فخالع عنها بألفين فالألف التي هي مهر المثل لازمة للزوجة، وفي الألف الزائدة قولان:

أحدهما: أنها باطلة في حق الزوجة ساقطة عنها لتعدي الوكيل بها ثم ينظر في الوكيل فإن كان قد ضمن العوض إما بالشرط أو بإطلاق العقد غَرِمَ الألف الزائدة للزوج لدخولها في ضمانها وإن لم يضمن العوض لاشتراطه له في ذمة الزوجة في غرمه للألف الزائدة وجهان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي لا يغرمها، لأنه لم يضمنها.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من قول أبي العباس بن سريج يغرمها على قوليه أن الوكيل مأخوذ باستيفاء العوض، وإن لم يضمنها في الابتداء فعلى هذا القول لو التزمت الزوجة الألف الزائدة للزوج كانت هبة منها له لا تتم إلا ببذلها وقبوله وقبضه ولا يبرأ الوكيل من غرمها للزوج.

والقول الثاني: أن الخلع في الألف الزائدة موقوف على إجازتها لا يبطل إلا أن تختار الزوجة إبطالها، لأنها كالعيب الداخل عليها فأوجب خيارها كسائر العيوب فإن اختارت فسخ الألف الزائدة سقطت عنها، والكلام في غرم الوكيل على ما مضى، فإن اختارت التزامها لزمتها الألفان بالعقد، ولم يلزم الوكيل غرمها.

والفرق بين القولين وإن لم يجب عليها فيهما إلا الألف التي هي مهر المثل أنها إذا التزمت الألف الزائدة على القول الأول للزوج كانت هبة تبرع لا يسقط عن الوكيل غرمها، وإذا التزمها على القول الثاني كانت عوضاً في خلع يسقط غرمها عن الوكيل.

فصل: والضرب الثاني: أن يعدل الوكيل عن جنس المهر إلى غيره كأنه كان مهر المثل دراهم فخالع عنها بغير دراهم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعدل عن الدارهم إلى ما لا يستباح من خمر أو خنزير فيخالع به عنها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يجعل الزوج طلاقها ناجزاً على خمر في الذمة فالطلاق واقع والخلع فاسد، وللزوج مهر المثل قولاً واحداً ولا خيار للزوجة فيه ولا يضمن الوكيل إن لزمه الضمان سواه.

والثاني: أن يجعل الطلاق معلقاً على خمر بعينه ففي وقوع الطلاق به مذهبان:

أحدهما: لا يقع تغليباً لحكم الملك المفقود فعلى هذا لا شيء للزوج.

والمذهب الثاني: أن الطلاق واقع تغليباً لحكم الصفة، فعلى هذا لا يستحق الزوج الخمر، لأنها لا تملك، ولا قيمتها، لأنه لا قيمة لها، وفي استحقاقه لمهر المثل بدلاً منها وجهان:

أحدهما: لا مهر له، لأنه لا بدل للخمر، فعلى هذا يكون طلاقه رجعياً.

والوجه الثاني: له مهر المثل بدلاً من استهلاك البضع عليه بعوض فاسد فعلى هذا يكون طلاقه بائناً، وعلى الزوجة غرم المهر وضمان الوكيل له على ما مضى.

فصل: والضرب الثاني: أن يعدل الوكيل عن الدراهم التي هي الغالب من نقود المهر إلى غيرها من الأموال المستباحة كالدنانير أو كالحلي والثياب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الطلاق ناجزاً على مال في الذمة فلا يخلو ما طلقها عليه في الذمة من أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان مجهولاً كأنه طلقها على ثوب أو عبد، وليس للزوج منه إلا مهر المثل قولاً واحداً، لأن المجهول لا قيمة له، فعلى هذا يرجع عليها بمهر المثل ولا خيار لها، والكلام في ضمان الوكيل لمهر المثل على ما مضى، وإن كان في الذمة معلوماً كأن خالعها على مائة دينار ومهر مثلها ألف درهم ففي بطلان الخلع على الدنانير في حق الزوجة قولان:

أحدهما: أن الخلع عليها باطل في حقها سواء كانت بقيمة الألف التي هي مهر مثلها أو أكثر ولا يلزمها إلا الألف درهم التي هي مهر المثل فإن رضي بها الزوج لم يرجع بغيرها على الوكيل، وإن لم يرض كان له ردّها على الوكيل إن كان الوكيل ضامناً على ما ذكرنا، ومطالبة الوكيل بالمائة دينار التي خالعه بها فإن امتنع الزوج من قبض الدارهم منها لم يجبر عليها، ورجع على الوكيل بالدنانير، ورجع الوكيل بالدراهم على الزوجة.

والقول الثاني: أن الخلع على الدنانير لا يبطل في حق الزوجة، ويكون موقوفاً على إجازتها، فإن أجازت الخلع بها دفعتها إلى الزوج برىء منها الوكيل وإن فسخت الخلع ورجعت إلى مهر المثل غرمت الألف درهم، وكان الكلام في رجوع الزوج على الوكيل بالدنانير إن كان ضامناً لها على ما مضى.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون الطلاق مقيداً بعين المال كأنه قال: قد طلقتها على هذا العبد بعينه، ففي وقوع الطلاق به قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الطلاق إذا كان على عوض في الذمة مما لا يلزمها، هل يكون الخلع به باطلاً في حقها أو موقوفاً على إجازتها؟.

فإن قيل: إنه باطل لم يقع الطلاق هاهنا، لأنه مقيد بتملك عين لم تملك.

وإن قيل: إنه موقوف على إجازتها وقع الطلاق بائناً، وكانت بالخيار بين إمضاء الخلع وفسخه، فإن أمضت الخلع على ذلك العبد بعينه سلمته إلى الزوج وبرىء الوكيل من ضمانه إن لزمه الضمان، وإن فسخته لزمها مهر المثل، فإذا أخذه الزوج فإن كان بقدر قيمة العبد لم يرجع على الوكيل بشيء ولم يستحق عليه المطالبة بعين العبد، لأنه لا يملكه، وليس له عليه إلا قيمته، وقد أخذها من الزوجة، وإن كانت قيمة العبد أكثر من مهر المثل رجع الزوج على الوكيل إن كان ضامناً بالفاضل على مهر المثل من قيمة العبد فهذا حكم الوكالة إذا كانت مطلقة.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الوكالة مقيدة كأنها ذكرت له جنساً من المال مقدراً تخالع به عنها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون ما عينت عليه لا يجوز المخالعة به، وذلك قد يكون من وجوه إما لكونه مغصوباً، أو لكونه مرهوناً، وإما لكونه محرماً من وقف أو خمر أو خنزير، فلا يجوز أن يخالع عنها مع هذا النص إلا بمهر المثل، ويكون الحكم فيه كما لو أطلقت من غير نص فيكون الحكم فيما يفعله الوكيل على ما مضى من التقسيم، لأن النص غير مقيد.

والضرب الثاني: أن يكون ما نصت عليه يجوز الخلع به كأنها أمرته أن يخالع عنها بمائة دينار أو بعبد بعينه فللوكيل حالتان:

إحداهما: أن يخالع بما أمرت به، ولا يعدل عنه، فالخلع جائز، فإن كان على عبد بعينه لم يضمنه الوكيل، لأن الأعيان لا تثبت في الذمم، وكان مسلطاً على تسليم العبد من غير إذن، لأن التسليم من لوازم الإذن، وإن كان على مال في الذمة كان ضمانه على الوكيل على ما قدمناه من الأقسام الثلاثة، وهل يكون الوكيل مسلطاً على تسليمه من غير تحديد إذن أم لا على وجهين:

أحدهما: أنه مسلط على تسليمه من غير إذن كالمعين لاستحقاقهما معاً بالإذن المتقدم.

والوجه الثاني: ليس له ذلك إلا بإذنها بخلاف المعين.

والفرق بينهما أن المعين لا خيار لها في العدول عنه فجاز للوكيل أن يسلط على أخذه، ولها في غير المعين أن تعدل إلى ماشاءت من جنسه، فلم يتسلط الوكيل على أخذه وقطع خيارها فيه، فلو أذنت أن يخالع عنها بمائة دينار فخالع عنها بخمسين أو أذنت أن يخالع عنها بعبد فخالع عنها ببعضه لزم في الحالين، لأنه إذا لزمها بالأكثر كان الأقل ألزم.

فصل: والحال الثانية: أن يعدل الوكيل عما أذنت فيه ونصَّت عليه إلى غيره، فهذا على ضربين أن يعدل عنه إلى مهر المثل، فالخلع جائز، ومهر المثل لازم لها؛ لأنه لا يلزمها بالمخالفة إلا مهر المثل، فإذا عدل عنه وهو موجب مخالفته صار في استحقاق عليها كالمستحق في موافقته فتصير المخالفة في حكم الموافقة، وقلّ أن يكون هذا إلا في مواضع نادرة، فلو خالع عنها بأقل من مهر المثل كان أجوز.

والضرب الثاني: أن يعدل عن مهر المثل وعما سمت إلى غيرهما مما يقع به الطلاق على ما قدمناه من الأقسام ففي بطلان العقد قولان:

أحدهما: أنه باطل، وإن وقع فيه الطلاق.

والقول الثاني: أنه موقوف على خيارها فيكون فيه بالخيار بين إمضائه وفسخه فإذا قلنا إنه باطل ففيما يلزمها قولان:

أحدهما: مهر المثل سواء كان أكثر مما بذلت أو أقل؛ لأن فساد العقد يوجب قيمة المستهلك فيه.

والقول الثاني: عليهما أكثر الأمرين من مهر المثل أو ما بذلت؛ لأنها قد طابت به نفساً.

مثاله: أن تكون أذنت له أن يخالع عنها بألف درهم فخالع عنها بألفين، فإن كان مهر مثلها خمسمائة، لزمها الألف التي بذلت؛ لأنها أكثر وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة لزمها مهر المثل ألف وخمسمائة لأنه أكثر.

وإن قلنا: إن العقد موقوف على خيارها فإن اختارت الإمضاء لزمها المسمى، وإن اختارت الفسخ ففيما يلزمها قولان على ما مضى:

أحدهما: مهر المثل لا غير.

والثاني: أكثر الأمرين من مهر المثل أو ما بذلت على ما ذكرناه.

فصل: فأما المزني فإنه ذهب إلى أن مخالفة الوكيل موجبة لفسادة العقد ورفع الطلاق، واعتباراً بمخالفة وكيل الزوج.

قلنا: أما فساد العقد بالمخالفة فصحيح، وأما رفع الطلاق فيه اعتباراً بوكيل الزوج فإن كان ذلك إشارة منه إلى مذهب الشافعي، فهو خطأ عليه، وإن كان ذلك مذهباً لنفسه، فهو مخطىء فيه، لأن الطلاق يقع مع فساد الخلع كما يقع مع صحته، وخالف البيع فيه وإن وافقه في بعض أحكامه، وخالف وكيل الزوج بما سنذكره من الفرق بينهما وما ذكره من الاستشهاد بوكيل البائع إذا خالف موكله فوهم منه؛ لأن

وكيل البائع يقوم في الخلع مقام وكيل الزوج، ولا يقوم مقام وكيل الزوجة كما أن وكيل المشتري يقوم مقام وكيل الزوجة دون الزوج والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَكَّلَ مَنْ يُخَالِعُهَا بِمائَةٍ فَخَالَعَهَا بِخَمْسِينَ فَلَا طَلَاقَ عَلَيْهِ كَمَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ بِمِائَةٍ فَأَعْطَتْهُ خَمْسِينَ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا بَيَانٌ لِمَا قُلْتُ فِي المَسْأَلَةِ قَبْلَهَا».

قال الماوردي: قال المزني: هذا بيان لما قلت في المسألة قبلها.

وهذه المسألة مقصورة على توكيل الزوج في الخلع عنه من يجوز أن يكون وكيلاً له فيه بالوكالة لوكيله على ما يخالعها به فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ما نص عليه معلوماً فيقول له: خالعها على ألف درهم أو يقول له: خالعها على عبدها الفلاني فعليه أن يخالعها بما سمى من غير مخالفة فيه، وإذا كان كذلك لم يخل حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقتصر على المسمى من غير تجاوز عنه، ولا تقصير فيه فيخالع عنه بالألف إن كانت هي المسماة أو بالعبد المعين إن كان هو المسمى، فالخلع لازم، والطلاق واقع، وله قبض ما خالع به، وإن لم يذكره الزوج ما لم ينهه عن قبضه كالوكيل في البيع يجوز له قبض الثمن، وإن لم يأذن فيه ما لم ينهه عنه.

والقسم الثاني: أن يخالع عنه بالمسمى وزيادة عليه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الزيادة من الجنس كأنه أمره أن يخالعها بألف، فخالعها بألفين، فالخلع صحيح، والطلاق واقع؛ لأنه إذا رضى بالألف كان بها وبالزيادة عليها أرضى، وجرى ذلك مجرى رجل قال لزوجته: إن دفعت إلي ألفاً فأنت طالق فدفعت إليه ألفين طُلِّقت، ولا تكون الزيادة عليها مانعة من حصول الصفة بها لدخول الألف في الألفين.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة من غير جنس المسمى مثل أن يقول له: خالعها على ألف فيخالعها على ألف وعبدٍ أو يقول له: خالعها على عبد فيخالعها على عبد وألف ففيه قولان:

أحدهما: وهو الأظهر أن الخلع صحيح، والطلاق واقع لوجود المسمى مع هذه الزيادة لوجوده مع الزيادة من الجنس، وكما لو قال لزوجته: إن دفعت إليّ ألفاً فأنت طالق فدفعت إليه ألفاً وعبداً.

والوجه الثاني: أن الخلع باطل، والطلاق غير واقع، بخلاف زيادة الجنس؛ لأن زيادة الجنس تكون تبعاً، فدخلت في حكم المتبوع، وزيادة غير الجنس لا تكون تبعاً؛ لأنه ليس أحد الجنسين بأن يكون تبعاً بأولى من أن يكون متبوعاً، ومخالفة الجنس تفسد الخلع كذلك الزيادة من غير الجنس.

والقسم الثالث: أن يقتصر من المسمى على بعضه كأنه سمى له ألفاً فخالعها تسعمائة أو على ألف إلا درهم أو سمى له عبداً فخالعها عليه إلا جزءاً منه وإن قلَّ فالطلاق غير واقع.

والقسم الرابع: أن يعدل عن جنس المسمى إلى غيره، كأنه سمى له ألفاً درهم فخالعها على عبد، أو سمى لها عبداً فخالعها على ثوب، فالطلاق غير واقع.

وهذين القسمين سواء خالف في الجنس أو في نقصان القدر؛ لأن الصفة التي جعل الطلاق معلقاً بها لم تؤخذ في الحالين فجرى مجرى قوله لها إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته أقل منها، لم تطلق، وكقوله إن أعطيتني عبداً فأعطته ثوباً، لم تطلق، وسواء كان ما أعطته بقيمة ما قاله، أو أكثر؛ لأن الطلاق معلق بالصفة لا بالقيمة، كذلك الوكيل، وفارق وكيل الزوجة حيث وقع الطلاق بمخالفته ولم يقع بمخالفة وكيل الزوج؛ لأن الطلاق واقع من جهة وكيل الزوج دون الزوجة.

فصل: .

والضرب الثاني: أن يكون ما نص عليه الزوج وسماه لوكيله مجهولاً كأنه قال له: خالعها على عبد، أو قال على ثوب فهذا على على ضربين:

أحدهما: أن يذكر نوع العبد فيقول: على عبد هندي أو سندي، فيجوز ويصح خلع الوكيل، وإن لم يصفه بالصفات المستحقة في السلم؛ لأن تلك الصفات تستحق في عقد المعاوضة لا في عقد الوكالة.

والضرب الثاني: أن لا يذكر نوعه ففي صحة الوكالة وجهان:

أحدهما: باطلة؛ لأن اختلاف العبيد يوقع جهالة في التوكيل، فعلى هذا لا يصح خلع الوكيل.

والوجه الثاني: تصح الوكالة؛ لأن لما لم يلزم في الوكالة ذكر صفاته لم يلزمه ذكر نوعه، فعلى هذا إذا صحت الوكالة، فعلى الوكيل أن يخالعها على عبد معين تكون قيمته بقدر مهر المثل فما زاد، فإن خالعها على عبد موصوف في ذمتها بصفات السلم ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه يكون معلوماً بالصفة كما يكون معلوماً بالتعيين.

والوجه الثاني: لا يجوز لأن المضمون في الذمة مسلم، وفي السلم عذر لم يأذن فيه وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الوكيل من أحد أمرين، إما أن يخالعها على عبد أو على غير عبد، فإن خالعها على غير عبد لم يجز، ولم يقع طلاقه سواء خالع بقدر مهر المثل، أو أقل وإن خالعها على عبد فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون قيمته بقدر مهر المثل فصاعداً فخلعه جائز، وطلاقه واقع.

والضرب الثاني: أن تكون قيمته أقل من مهر المثل فيكون الحكم فيه كما لو أطلق الزوج الوكالة، فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل على ما سنذكره في هذا الفصل الآتي.

فصل: وأما الضرب الثاني من ضربي الوكالة أن تكون وكالة الزوج مطلقة فيقول لوكيله: خالع زوجتي، ولا يذكر له جنساً ولا قدراً، فالوكالة جائزة، وعليه أن يخالعها بمهر المثل فما زاد.

فإن قيل: أفليس قد قلتم إنه إذا قيد الوكالة بعبد، لم يذكر نوعه لم تصح الوكالة في أحد الوجهين لما فيه من الجهالة فأولى إذا أطلق الوكالة أن لا تصح؛ لأنه أعظم جهالة.

قيل: الفرق بينهما أن المقصود في تسمية العبد تملك مال مخصوص لا يعلم مع الجهالة فلم يصح، والمقصود في الإطلاق ملك البدل عن البضع وهو معلوم بالشرع أن يكون بقدر مهر المثل من غالب النقد، فلم تؤثر فيه جهالة العقد، وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الوكيل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخالعها عنه بمهر المثل حالاً من نقد غالب النقد من غير زيادة ولا نقص فهذا الخلع ماضٍ والطلاق فيه واقع.

والقسم الثاني: أن يخالعها بمهر المثل وزيادة، فالخلع جائز، سواءكانت الزيادة من جنس المهر، أو من غيره وجهاً واحداً، بخلاف العين، والفرق بينهما أن المغلب في التعيين حكم الطلاق بالصفة، ومع الإطلاق حكم المعاوضة، والزيادة في المعاوضات أبلغ في الاحتياط.

القسم الثالث: أن يخالعها بأقل من مهر المثل، ويعدل إلى غير جنس مهر المثل ففيه ثلاثة أقاويل.

أحدها: أن الطلاق لا يقع؛ لأن المخالفة لما أوجبه الإطلاق كمخالفته لما أوجبه التقييد نصاً، وقد منع مخالفة النص من وقوع الطلاق فوجب أن تمنع مخالفة الحكم من وقوع الطلاق.

والقول الثاني: أن الطلاق يقع بائناً، وله مهر المثل؛ لأن مخالفة ما تقدر بالحكم اجتهاداً يقصر عن حكم النص، فلم يمنع من وقوع الطلاق، ألا ترى أن الحاكم لو أمضى حكماً خالف فيه نصاً بطل حكمه، ولو خالف فيه اجتهاداً لم يبطل.

والقول الثالث: أن الزوج بالخيار بين إمضاء ما خالع به الوكيل، وأخذ العوض الذي خالعها به، ويقع الطلاق بائناً، وبين فسخه ويقع الطلاق رجعياً بغير بدل، ولا يستحق مهر المثل؛ لأن الزوجة لم تبذله، وليس له أن يرفع الطلاق بعد وقوعه، لكن يرفع البينونة برد العوض ويملك الرجعة والله أعلم.

بَـابُ الخُلْعِ فِي المَرَضِ
مِنْ كِتَابِ نُشُوزِ الرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيّ** رَحِمَهُ اللَّهُ « وَيَجُوزُ الخُلْعُ فِي المَرَضِ كَمَا يَجُوزُ البَيْعُ فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ المَرِيضَ فَخَالَعَهَا بِأَقَل مِنْ مَهْرِهَا ثُمَّ مَاتَ فَجَائِزٌ لأَنَّ لَهُ أنْ يُطَلِّقَهَا مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: الخلع في المرض جائز، كالصحة؛ لأنه عقد معاوضة فصح في المرض كالبيع؛ ولأن المريض يصح طلاقه بغير بدل، فصح بالبدل كالصحيح، فإذا ثبت جوازه في المرض، كجوازه في الصحة، فإن كان الزوج مريضاً صح خلعه سواء خالع بمهر المثل أو أقل، لأنه لو طلقها بغير عوض صحَّ، فإذا خالعها بأقل من مهر المثل فأولى أن يصح.

فإن قيل: فهلا الخلع كالبيع إذا خالع بأقل من مهر المثل أن يكون محاباة في الثلث كالمحاباة في البيع.

قيل: لأنه لو أزال ملكه عن البضع بالطلاق من غير بدل صح من غير أن يكون معتبراً في الثلث، فإذا أزاله بقليل البدل فأولى أن يصح، ولا يكون معتبراً في الثلث، وليس كذلك المال؛ لأنه لو أزال ملكه عنه بالهبة من غير بدل كان معتبراً من الثلث، فكذلك إذا حابا فيه واقتصر على قليل البدل كان معتبراً من الثلث.

فإن قيل: فلم كان إزالة الملك عن المال في المرض معتباراً من الثلث، ولم يكن إزالة الملك عن البضع معتبراً من الثلث.

قيل: إنما يعتبر في الثلث ما كان من حقوق الورثة ومنتقلاً إليهم إرثاً بالموت، والمال منتقلاً إليهم بالإرث فكان معتبراً في الثلث، وبضع الزوجة غير موروث، ولا منتقل إليهم، فلم يعتبر في الثلث، ألا تراه لو أعتق عبداً في مرضه، كان من ثلثه، لأنه كان منتقلاً إليهم بموته، ولو أعتق أم ولده في مرضه كانت من أصل ماله لا من ثلثه؛ لأنها منتقلة إليهم بموته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «فَإِنْ كَانَتْ هِيَ المَرِيضَةَ فَخَالَعَتْهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ مَاتَتْ مِنْ مَرَضِهَا جَازَ لَهُ مَهْرُ مِثْلِهَا وَكَانَ الفَضْلُ وَصِيَّةً يُحَاص أَهْلُ الوَصَايَا بِهَا فِي ثُلُثِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا خالعت المريضة زوجها صح خلعها فإن خالعت بمهر المثل فما دون كان من رأس مالها، وأصل تركتها وإن خالعته بأكثر من مهر المثل كان الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث كالوصايا، وقال أبو حنيفة جميع ما تخالع به المريضة معتبر في الثلث كالوصايا قليلاً كان أو كثيراً استدلالاً بأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل أنه لو طلق في مرضه لم يعتبر من ثلثه، فإذا بذلت له الزوجة مالاً في مرضها على ما لا قيمة له في خروجه من ملكه وجب أن يكون معتبراً من ثلثها كالهبة، ولأن أجنبياً لو خالع عنها من ماله كان جميع ما بذله من ثلثه، ولو كان في مقابلة مال لكان من أصل ماله كذلك إذا كانت هي الباذلة ولأن في الخلع ضرراً يدخل عليها من وجهين:

أحدهما: ما بذلته من مالها.

والثاني: ما أسقطته من نفقتها فكان أضر من العطايا وأحق أن يعتبر من الثلث.

ودليلنا هو أنه مال بذله أحد الزوجين في مقابلة البضع، فوجب أن يكون مهر المثل فيه معتبراً من أصل المال كالنكاح، ولأنه عقد معاوضة يصح مؤجلاً ومعجلاً فوجب أن يكون عوض المثل من أصل المال كالبيع.

وقولنا يصح معجلاً ومؤجلاً احترازاً من الكتابة، ولأن خلع الزوج توفيراً على الورثة في سقوط ميراثه، وهو في الأغلب أكثر مما بذلت فكان ما أفادهم سقوط ميراثه أولى أن يكون من رأس المال.

فأما الجواب عن استدلاله بأن البضع لا قيمة له في ملك الزوج فمن وجهين:

أحدهما: أن ما لا قيمة له لا تجوز المعاوضة فيه كالحشرات، ولما جازت المعاوضة على البضع في ملك الزوج بالخلع دلّ على أن له قيمة كسائر الأموال.

والجواب الثاني: أنه لو كان له زوجة صغيرة أرضعتها زوجة له كبيرة حتى حرمت عليه لزمها مهر المثل عندنا سواء قصدت التحريم أو لم تقصد، فعند أبي حنيفة إن قصدت التحريم، ولو لم يكن البضع مالاً للزوج لما لزمها له غرم قيمته.

وأما استدلاله بالأجنبي فالمعنى فيه أنه لم يملك البضع الذي في مقابلة ما بذله

من المال؛ فلذلك كان من ثلثه، وليس كذلك الزوجة؛ لأنها قد ملكت البضع في مقابلة ما بذلت.

وأما استدلاله بأنها قد استضرت من وجهين بما بذلت من مالها وأسقطته من نفقتها فالجواب أنها تنتفع بذلك من وجهين:

أحدهما: أنها قد تستفيد بذلك نكاح غيره، ونفقة أكثر من نفقته إن عاشت.

والثاني: أنها توفر على ورثتها قدر ميراثه إن ماتت.

فصل: فإذا تقرر أن ما خالعت به في مرضها من مهر المثل يكون من رأس المال، وما زاد عليه من الثلث، فخالعته على ألف درهم، فإن كانت الألف قدر مهر المثل، صح الخلع بها سواء تركت غير الألف أم لا، وسواء كان عليها دين يحيط بالألف أم لا، وإن كان مهر مثلها من الألف أربعمائة كان الباقي من الألف وهو ستمائة درهم محاباة تكون وصية في الثلث، فإن احتملها الثلث أمضت، وهو أن تخلف سوى ألف الخلع ألفاً ومائتي درهم، فيأخذ الزوج الألف أربعمائة منها في قدر مهر المثل وستمائة وصية قد خرجت من الثلث؛ لأنه قد صار إلى الورثة ألف ومائتان وذلك الستمائة الخارجة بالوصية وإن لم تخلف الزوجة سوى الألف التي خالعت بها كان للزوج منها مهر المثل وهو أربعمائة درهم من رأس المال وثلث الستمائة الباقية من الألف وهو مائتا درهم وصية له فيصير له بمهر المثل وبالوصية ستمائة درهم، ويكون الباقي وهو أربعمائة درهم للورثة وهو مثل ما خرج بالوصية فلو كان على الزوجة ثلثمائة درهم ديناً أخذ الزوج من الألف مهر المثل، وهو أربعمائة درهم، ودفع من الباقي قدر الدين، وهو ثلاثمائة درهم، وأخذ الزوج ثلث ما بقي، وهو مائة درهم، وأخذ الورثة الباقي وهو مائتا درهم، وهو مثل ما خرج بالوصية، ولو كان دينها ستمائة درهم وصاعداً صرف باقي الألف بعد مهر المثل في الدين؛ لأنه مقدم على الوصية، ولو كانت الزوجة قد وصت بثلث مالها لغيره، كان الزوج أحق بالثلث في بقية الألف من جميع أهل الوصايا، لأن وصيتها عطية في المرض فقدمت على الوصايا بعد الموت سواء قبضها الزوج في الحياة أو بعد الموت.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ كَانَ خُلْعُهَا بِعَبْدٍ يُسَاوِي مِائَةً وَمَهْرُ مِثْلِهَا خَمْسُونَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ وَنِصْفَ مَهْرِ مِثْلِهَا أَوْ يَرُدُّ وَيَرْجِعَ بِمَهْرِ مِثْلِهَا كَمَا لَوِ اشْتَرَاهُ فَاسْتَحَقَ نِصْفَهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا عِنْدِي بِشَيْءٍ وَلَكِنْ لَهُ مِنَ العَبْدِ مَهْرُ مِثْلِهَا وَمَا بَقِيَ مِنَ العَبْدِ بَعْدَ مَهْرِ مِثْلِهَا وَصِيَّةٌ لَهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مَا بَقِيَ مِنَ العَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا غَيْرُهُ فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ وَصِيَّتَهُ وَهُوَ الثُّلُثُ

مِنْ نِصْفِ العَبْدِ وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْوَرَثَةِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ العَبْدَ وَأَخَذَ مِثْلِهَا لأَنَّهُ إِذَا صَارَ فِي العَبْدِ شِرْكٌ لِغَيْرِهِ فَهُوَ عَيْبٌ يَكُونُ فِيهِ الخِيَارُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل خالع زوجته في مرضها على عبد يساوي مائة درهم، ومهر مثلها خمسون درهم، فإن صحت الزوجة من مرضها كان للزوج جميع العبد سواء كان للزوجة غيره أم لا؛ لأن محاباة المريض إذا صحّ ماضية، وإن ماتت من مرضها فنصف العبد، وهو قدر مهر مثلها من رأس المال، ونصفه الباقي محاباة في الثلث، ولا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخرج من ثلثها.

والثاني: أن لا يخرج من ثلثها.

والثالث: أن يخرج بعضه من الثلث ولا يخرج باقيه.

فأما القسم الأول وهو أن يخرج جميع النصف من الثلث، وهو أن تخلف الزوجة مع العبد مائة درهم أخرى فيأخذ الزوج جميع العبد، نصفه بمهر المثل، ونصفه بالمحاباة، وقيمته خمسون درهماً قد حصل للورثة مثلاها مائة درهم، ولا خيار للزوج؛ لأنه قد أخذ جميع العبد، فلم تتفرق صفقته، ومن أصحابنا من جعل له الخيار، لأنه عاقدها ليكون له جميع العبد عوضاً، وقد صار له نصف العبد عوضاً ونصفه وصية فقد تفرقت صفقته في العبد حكماً وهذا خطأ؛ لأن تفريق الصفقة يوجب الخيار لسوء المشاركة في التفريق، ولم يدخل عليه في العبد سوء المشاركة، لأنه صار له جميعه فلم يكن له فيه الخيار.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن لا يخرج من نصف العبد الباقي شيء من الثلث؛ لأن عليها دين قد أحاط بمالها، فلا يملك الزوج من العبد إلا نصفه، وهو قدر مهر المثل ولا يؤثر فيه إحاطة الدين به، لأنه قد ملكه بعقد معاوضة ولذلك كان من رأس المال وقد تفرقت الصفقة عليه، لأنه خالع بجميع العبد فحصل له نصفه، فوجب أن يكون بالخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام أو الفسخ فإن أقام عليه فلا شيء له غير النصف منه، وإن فسخ كان له مهر المثل، وذلك خمسون درهماً، فإن قيل: ما استفاد بالفسخ زيادة قيل: قد استفاد أن أخذ نقداً وأزال عن نفسه سوء المشاركة.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بعض النصف خارجاً من الثلث، وباقيه غير خارج منه، وذلك في إحدى حالتين.

إما أن لا يخلف غير نصفه الباقي.

وإما أن يخلف غيره أقل من مائة درهم، فإن لم يخلف غير النصف الباقي من العبد كان للزوج ثلثه وهو السدس من جميعه يضاف إلى النصف الذي أخذه بمهر المثل فيصير له ثلثا العبد نصفه عوضاً وسدسه وصية، وله الخيار لتفريق الصفقة فيه، فإن فسخ رجع بمهر المثل، فإن قال آخذ السدس وصية وافسخ في النصف لا رجع في بدله بمهر المثل.

قيل: ليس لك ذلك لأنها محاباة في معارضة لا تستحق إلا معها كالمحاباة في البيع وإن تركت الزوجة مع نصف العبد أقل من مائة درهم ضم إلى نصف العبد، وأمضى للزوج من العبد ما احتمله ثلث الجميع.

مثاله: أن تكون قد خلفت مع الباقي من نصف العبد خمسين درهماً، فإذا ضمت إلى قيمة النصف صارت مائة درهم، فيكون للزوج ثلثها ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم فيأخذ بها ثلثي النصف الباقي من العبد، وهو ثلث الجميع فيصير للزوج خمسة أسداسه بالعوض والوصية فيكون الزوج لتفريق الصفقة بالسدس مخيراً بين المقام عليه، أو الفسخ والرجوع بمهر المثل وحده، ولو كانت خلفت غير النصف من العبد خمسة وعشرين درهماً ضمت إلى النصف فصارت تركتها خمسة وسبعين درهماً للزوج ثلثها خمسة وعشرون درهماً، يأخذ بها نصف الباقي من العبد وهو ربع جميعه فيحصل له ثلاثة أرباعه بالعوض والوصية، وهو لتفريق الصفقة بربعه مخير بين المقام أو الفسخ والرجوع بمهر المثل.

فصل: فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي اعتراضاً تعليله فيه صحيح ووهمه في تأويله فسخ، وهو أنه نقل عن الشافعي في هذه المسألة إذا خالعها على عبد يساوي مائة درهم لا مال لها غيره، ومهر مثلها خمسون أن له نصف العبد ونصف مهر مثلها وهو ربع العبد فيكون له ثلاثة أرباع العبد فقال ينبغي أن يكون له ثلث مهر مثلها وهو سدس العبد فيصير للزوج ثلثا العبد: وهذا صحيح في التعليل ولما ذكره الشافعي تأويل اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الشافعي قال: له نصف العبد ونصفه مهر مثلها تعليلاً للنصف الذي استحقه الزوج؛ لأنه مهر مثلها، ولم يتعرض الشافعي لما يستحقه من نصفه الباقي بالوصية؛ لأنه ثلث لا إشكال فيه، فحذف الكاتب الهاء من نصفه، ونقل له نصف العبد ونصف مهر مثلها، ولحذف الهاء ما توجه اعتراض المزني.

والتأويل الثاني: أن مسألة الشافعي مصورة على أنها خلفت مع العبد خمسة وعشرين درهماً فصارت تركتها مع نصف العبد خمسة وسبعين للزوج ثلثها وهو خمسة وعشرون درهماً، يدخل بها نصف النصف الباقي من العبد، وهو نصف مهر مثلها وقد

نقلها الربيع في كتاب الأم، إذا خالعها على دار قيمتها مائة درهم، وتركت معها خمسة وعشرين درهماً، وكان مهر مثلها خمسين درهماً، فله نصف الدار، ونصف مهر مثلها فجعل له ثلاثة أرباع الدار، فنقل المزني خلع الدار إلى العبد، وغفل عن نقل ما خلفته معه وهو خمسة وعشرون درهماً، ونقل الجواب على حاله فتوجه له الاعتراض الذي ذكره لسعَتِه في النقل ووهمه في التأويل.

والتأويل الثالث: أن مسألة الشافعي مصورة في رجل تزوج امرأته على مهر فاسد، فوجب لها مهر المثل، ثم خالعها قبل الدخول بها في مرضها على عبد قيمته مائة درهم لا مال لها غيره، ومهر مثلها خمسون درهماً، فله نصف العبد بالخلع عوضاً، ونصف مهر مثلها بالطلاق قبل الدخول، فذكر ما ملكه بالخلع وما ملكه بالطلاق ولم يعرض لما ملكه بالوصية؛ لأنه معتبر من الثلث، وقد أفصح الشافعي بهذا في بعض كتبه والله أعلم.

بَـابُ خُلْعِ المُشْرِكِينَ
مِنْ كِتَابِ نُشُوزِ الرَّجُلِ عَلَى المَرْأةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «إِنِ اخْتَلَعَت الذِّمِّيَّةُ بِخَمْرٍ أَوْ بِخَنْزِيرٍ فَدَفَعَتْهُ ثُمَّ تَرَافَعَا إِلَيْنَا أَجَزْنا الخُلْعَ وَالقَبْضَ وَلَوْ لَمْ تَكُنْ دَفَعَتْهُ جَعَلْنَا لَهُ عَلَيْهَا مَهْرَ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهو كما قال خلع المشركين جائز كالمسلمين، لأنه عقد معاوضة كالبيع، ولأنه حل نكاح كالطلاق، ولا يخلو حال العوض فيه من أن يكون حلالاً أو حراماً، فإن كان حلالاً يجوز أن يختلع به الزوجان المسلمان من الدراهم والدنانير، وما كان معلوماً من العروض والسلع صح خلعهما به، فإن ترافعا إلينا أمضيناه قبل القبض وبعده، وإن كان حراماً من خمر أو خنزير، فإن لم يترافعا إلينا فيه أقر عليه من غير اعتراض عليهما لاستهلاكهما ذلك في شركهما، فكان عفواً قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة:٢٧٨] فعفى عما مضى، وحرم ما بقي، وإذا كان كذلك فقد لزمه الطلاق بائناً وبرئت من العوض بالقبض.

والقسم الثاني: أن يترافعا إلينا قبل قبضه، فلا يجوز لحاكمنا أن يحكم في خلعهما بإقباض خمر أو خنزير لقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [الشورى: ١٥] وإذا كان كذلك أوقع الطلاق بائناً، وأبطل الخمر والخنزير، وحكم عليها للزوج بمهر مثلها، لأن فساد الخلع بالخمر والخنزير يوجب الطلاق بمهر المثل.

والقسم الثالث: أن يترافعا إلينا بعد أن تقابضا بعضه، وبقي بعضه، فالطلاق واقع بائناً، ويمضي من الخلع ما تقابضاه، ويبطل منه ما بقي، ويحكم فيه بقسطه من مهر المثل، كأنه خالعها على عشرة خنازير، فاقبضته منها خمسة، وبقي منها خمسة، فقد برئت من نصف البدل، وبقي عليها نصف مهر المثل، فلو كان قد خالعها على عشرة خنازير وعشرين زقاً من خمر، وتقابضا الخنازير وبقي الخمر، فقد اختلف أصحابنا في تمييز الجنسين وتساويهما على وجهين:

أحدهما: أنهما يتميزان في الحكم لتميزها في الجنس، فعلى هذا يغلب اعتبار

الجنسين، ويتقسط المهر عليهما فتكون الخنازير في مقابلة النصف، فتبرأ من نصف مهر المثل وتكون الخمر في مقابلة النصف فيلزمها نصف مهر المثل.

والوجه الثاني: أن الجنسين لا يتميزان لاستوائهما في التحريم، ويتقسط مهر المثل على أعدادهما وهما ثلاثون فتكون العشرة خنازير في مقابلة ثلث مهر المثل فيبرأ من ثلثه، وتبقى العشرون زقاً في مقابلة ثلثي المهر، فيلزمها ثلثان.

فلو تقابضا قبل الترافع إلينا خمسة خنازير، وخمسة أزقاق خمر، فإن قلنا: باعتبار الجنسين على الوجه الأول برئت من ثلاثة أثمان مهر المثل، وبقي عليها خمسة أثمانه؛ لأن الخمسة خنازير من العشرة في مقابلة الربع، والخمسة الأزقاق من العشرين في مقابلة الثمن، فصارت ثلاثة أثمان، وإن قلنا باعتبار العددين دون الجنسين على الوجه الثاني برئت من ثلث مهر المثل؛ لأنها أقبضته عشرة من ثلاثين ويبقى عليها ثلثا مهر المثل، وهو على ما ذكرناه في كتاب الصداق سواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَهَكَذَا أَهْلُ الحَرْبِ إِلاَّ أَنَّا لاَ نَحْكُمُ عَلَيْهِمْ حَتَّى يَجْتَمِعُوا عَلَى الرِّضَا وَنَحْكُمُ عَلَى الذِّمِّيِّينَ إِذَا جَاءَانَا أَوْ أَحَدِهِمَا».

قال الماوردي: لا فرق بين خلع الذميين وخلع المعاهدين فيما ذكرناه إذا ترافعا إلينا، وإنما يختلفان في التزام أحكامنا فإن كانا معاهدين لم يؤخذا بالتزام أحكامنا ولا يلزمنا الحكم بينهما لأنهما من أهل دار لا تجري عليها أحكامنا، وقد قال الله تعالى: فيهم ﴿فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] فخيره الله تعالى في الحكم بينهم؛ لأن أحكامه لا تلزمهم، وإن كانا ذميين فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين ففي وجوب الحكم عليهم ثلاثة أقاويل مضت:

أحدها: يجب على حاكمنا أن يحكم بينهم، وعليهم إذا حكم أن يلتزموا حكمه لقول الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] والصغار أن تجري عليهم أحكام الإسلام ولأنهم في دار تنفذ فيها أحكامنا.

والقول الثاني: أن حاكمنا بالخيار في الحكم بينهم وهم إذا حكم بينهم بالخيار في التزام حكمه كأهل العهد لاشتراكهما في الكفر، وإقرارنا لهما جميعاً عليه.

والقول الثالث: أنه إن كان في حق لآدمي لزمنا أن نحكم بينهم، وأخذوا جبراً بالتزامه، لأن دارنا تمنع من التظالم، وإن كان في حق الله تعالى كان حاكمنا مخيراً في الحكم بينهم، وكانوا مخيرين في التزام حكمه لأن حق الله في كفرهم أعظم، وقد أقروا عليه فكان ما سواه أولى، وإذا كان هكذا فحق الخلع من الحقوق المشتركة بين

حق الله تعالى في التحريم بالطلاق، وبين حق الآدميين في استحقاق العوض، فيكون في وجوب الحكم بينهما والتزامهما قولان.

والضرب الثاني: أن يكونا على دينين أحدهما يهودي، والآخر نصراني، فقد اختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: أن يكون كالدين الواحد، لأن الكفر كله ملة واحدة، فيكون لزوم الحكم بينهما على ما مضى من الأقاويل الثلاثة.

والوجه الثاني: أنهما يتميزا باختلاف الدينين عن المتساويين فيه؛ لأنهما في التساوي متفقان على حكم دينهما، فأقرا عليه، وفي الاختلاف غير متفقين فوجب العدول بهما إلى دين الحق وهو الإسلام، قطعاً للتنازع في الباطل، فعلى هذا يجب على الحاكم أن يحكم بينهما ويؤخذ جبراً بالتزام حكمه، فأما إذا كان الحكم بين مسلم وبين ذمية أو معاهد فواجب على حاكمنا أن يحكم بينهما ويأخذها جبراً بالتزام حكمه سواء كان المسلم ظالماً أو مظلوماً لقول النبي ﷺ «الإسلام يعلو ولا يعلى» وقال ﷺ «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» فقال رجل يا رسول الله أنصره مظلوماً فكيف أنصره ظالماً قال «ترده عن ظلمه».

فصل: لا يجوز لولي الصبي والمجنون من أب ولا غيره أن يطلق عنه، ولا يخالع فإن طلق لم يقع طلاقه، ولم يصح خلعه.

وقال الحسن وعطاء: يجوز أن يطلق عنه بعوض وغير عوض، لأنه لما جاز لوليه أن يملكه للبضع بالنكاح جاز له أن يزيل ملكه عنه بالطلاق كالمال.

وقال الزهري ومالك: يجوز أن يطلق عنه بعوض، ولا يجوز أن يطلق عنه بغير عوض؛ لأن طلاقه بعوض كالبيع بغير عوض كالهبة، ولوليه أن يبيع ماله، وليس له أن يهبه.

ودليلنا قول النبي ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» معناه إنما يملك الطلاق من ملك الأخذ بالساق، يعني البضع، والولي لا يملك البضع، فلم يملك الطلاق، ولأن كل من لم يملك البضع لم يملك بنفسه الطلاق كالأجنبي والوكيل في الطلاق لا يملك بنفسه، وإنما يملك إيقاعه موكله.

فأما الجواب عن استدلال الحسن وعطاء بالنكاح فهو أن النكاح تمليك فصح من الولي، كما يصح منه قبول الهبة، والطلاق إزالة ملك فلم يصح من الولي كما لا يصح منه بذل الهبة.

وأما الجواب عن استدلال الزهري ومالك بالبيع والهبة فهو أن المغلب في الخلع حكم الطلاق دون العوض، والطلاق لا يملكه الولي منفرداً كالأجنبي فكذلك لا يملكه مع غيره كالأجنبي.

فصل: إذا خالع الرجل زوجته على ألف وأعطاها عبداً فقد صار بائعاً للعبد ومخالعاً عن البضع بألف فصار عقده قد جمع بيعاً وخلعاً فكان على قولين:

أحدهما: أنه باطل فيهما ويقع طلاقه بائناً، ويكون له عليها مهر مثلها، ويرد الألف عليها، وترد العبد عليه.

والقول الثاني: أنه جائز فيهما، ويكون ما قابل العبد من الألف ثمناً، وما قابل البضع من الألف خلعاً، فيقال: كم قيمة العبد ؟، فإذا قيل: ألف.

قيل: وكم مهر المثل؟

فإذا قيل: خمسمائة كان ثلثا الألف ثمناً وثلثها خلعاً، فإذا ردت العبد بعيب رجعت عليه بثلثي الألف ستمائة وستة وستين درهماً وثلثي درهم.

ولو خالعها على عبد وأعطاها ألفاً صار متملكاً للعبد ببضعها وبألف فيكون ما قابل الألف من العبد مبيعاً، وما قابل مهر المثل من العبد خلعاً، فيقال: كم مهر المثل، فإذا قيل: ألف ضمت إلى الألف التي بذلها الزوج فصارت ألفين في مقابلة العبد، فيكون نصف العبد مبيعاً بألف، ونصفه عوضاً عن البضع، فإن وجد به عيباً فأراد رد جميعه في البيع والخلع جاز ورجع عليها بمهر المثل الذي هو ألف، وإن أراد أن يرد منه المبيع دون الخلع أو الخلع دون المبيع ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لما فيه من تفريق الصفقة عليها.

وقيل: إما أن يرد جميعه، أو يمسك جميعه.

والوجه الثاني: له ذلك، لأنهما عقدان ينفرد كل واحد منهما بحكمه، فعلى هذا إن رد المبيع منه رجع بالألف وإن رد الخلع منه رجع بمهر المثل والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الطَّلَاقِ

بَابُ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَوَجْهِهِ وَتفْرِيعِهِ

مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ القُرْآنِ وَمِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَمِنْ جماعِ عشْرَةِ النِّسَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: **﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾** وَقَدْ قُرِئَتْ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ (قَالَ) وَالمَعْنَى وَاحِدٌ».

قال الماوردي: الأصل في إباحة الطلاق الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾** [الطلاق: ١] وهذا وإن كان خطاباً للنبي ﷺ فهو عام الحكم فيه وفي جميع أمته.

فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

فروى قتادة عن أنس قالَ طَلَّقَ رَسُولُ الله ﷺ حفْصَةَ فَأَتَتْ أَهْلَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: **﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾** فقيل له: راجِعْهَا فَإِنَّهَا صَوَّامَةٌ قَوَّامَة وَهِيَ مِنْ أَزْواجِكَ فِي الْجَنَّةِ[1].

وقوله تعالى: **﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾** أي في طهرهن إذا لم يجامعن فيه.

وروي أن النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فَطَلِّقُوهُنَّ لقبل عِدَّتِهِنَّ.

قال الشافعي والمعنى واحد وقال تعالى: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩] وفي قوله **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾** تأويلان:

أحدهما: أنه بيان لعدد الطلاق وتقديره بالثلاث وأنه يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة، وهو قول عروة وقتادة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٠) (٢٠١٦) وابن الجوزي في زاد المسير (٩/ ٣٠٩). ومجمع الزوائد (٩/ ٢٤٤) وفتح الباري (٩/ ٢٨٦).

روى هشام بن عروة عن أبيه. قال: كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ مَا شَاءَ، ثم إن راجع امرأته قبل أن تنقضي عدتها كانت زوجته، فغضب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها: لا أقربك ولا تخلصين مني، قالت له: وكيف؟ قال أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. قال: فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ، فأنزل الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية.

فقدره بالثلاث، ولذلك قال عروة نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى في تقديره بالثلاث حين يقول.

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... وموموقة ما أنت فينا ووامقه
أجارتنا بيني فإنك طالقه ... كذاك أمور الناس تغدو وطارقه
وبيني فإن البين خير من العصا ... وإلا تزالي فوق رأسك بارقه

والتأويل الثاني: أنه بيان لسنة الطلاق أن يوقع في كل قرء واحدة وأن لا يجمع بينهن في قرء واحد، وهو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وأبي حنيفة.

وفي قوله: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة٢٢٩] تأويلان:

أحدهما: أن الإمساك بالمعروف الرجعة بعد الثانية والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة.

روى سفيان عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين قال: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ؟ قَالَ: إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ[١].

وهو قول عطاء ومجاهد.

والتأويل الثاني: فإمساك بمعروف الرجعة بعد الثانية أو تسريح بإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها.

وهذا قول السُّدي والضحاك.

وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وقال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية.

فأما السنة: فروى حميد بن عبد الرحمٰن عن أبي موسى قال: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ يَقُولُ أَحَدُكُمْ لامْرَأَتِهِ قَدْ طَلَّقْتُكِ قَدْ رَاجَعْتُكِ[٢] لَيْسَ هَذَا طَلَاق الْمُسْلِمِينَ. تُطَلَّقُ الْمَرْأَةُ فِي قبلِ عِدَّتِهَا.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٤) والطبري في التفسير (٢/٢٧٨) وابن أبي شيبة (٥/٢٥٩) وسعيد بن منصور (١٤٥٦، ١٤٥٧).

(٢) أخرجه الطبري في التفسير (٢/٢٩٦) وابن كثير في التفسير (١/٤١٤).

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: أَبْغَضُ الحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ(١).

وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ(٢).

وروي أنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ وَاحِدَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا(٣).

وروي عنه ﷺ أَنَّهُ تَزَوَّجَ الْعَالِيَةَ بِنْتَ ظِبْيَان فَمَكَثَتْ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا(٤).

فإذا ثبت إباحة الطلاق بالكتاب والسنة وما تعقبهما من إجماع الأمة فالطلاق في اللغة هو التخلية، مأخوذ من قولهم نعجة طالق إذا خليت مهملة بغير راع.

ومنه قول النابغة.

تَنَاذَرَهَا الرَّاقُونَ مِنْ سُوءِ سَمِّهَا ... تُطَلِّقُ طَوْراً وطوراً تراجِعُ(٥)

فصل: والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة. فيختص الزوج بالطلاق وإن اشتركا الزوجان في عقد النكاح، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٣١) (٢١٧٨) وابن ماجه (١/ ٦٥٠) (٢٠١٨) والحاكم (٢/ ١٩٦) والرازي في العلل (١٢٩٧) والبغوي في التفسير (٢/ ٦٥) وابن عساكر كما في التهذيب (٢/ ٧٢) والسيوطي في الدر المنثور (١/ ٢٨٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٤٣) (٢١٩٤) والترمذي (٣/ ٤٩٠) (١١٨٤) وقال: حسن غريب وابن ماجه (١/ ٦٥٨) (٢٠٣٩) والدارقطني (٤/ ١٨) (٥٠) والحاكم (٢/ ١٩٧) والبغوي في التفسير (١/ ٢٣٣) وسعيد بن منصور (١٦٠٣) والطحاوي في معاني الآثار (٣/ ٩٨). وانظر نصب الراية (٣/ ٢٩٣) والتلخيص (٣/ ٢٠٩).

(٣) انظر مجمع الزوائد (٤/ ٣٣٣) وأبو داود في السنن (٢٢٨٣) وابن الجوزي في زاد المسير (٦/ ٤١٠).

(٤) قال الواقدي: قال بعضهم: هي فاطمة بنت الضحاك بن سفيان وقيل: عمرة بنت زيد. وقيل: العالية بنت ظبيان وقيل غير ذلك وقال ابن شهاب: طلق رسول الله ﷺ العالية بنت ظبيان. فنكحها ابن عمٍّ لها فولدت له انظر طبقات ابن سعد (٨/ ٢٢٠) وتاريخ خليفة (٩٢) والاستيعاب لابن عبد البر (٤/ ١٨٩٩) أسد الغابة (٧/ ٢٢٨) المعارف ص (١٤٠) المستدرك (٤/ ٣٥) كنز العمال (١٣/ ٧٠٧) فتح الباري (٩/ ٣١١) الإصابة (٨/ ١٣٩).

(٥) البيت من الطويل وهو للنابغة الذبياني كما في ديوانه ص (٣٤) وانظر جمهرة اللغة ص (٩٢٢) وخزانة الأدب (٢/ ٤٥٩، ٤/ ٤٦) وشرح شواهد الإيضاح ص (١٢٦) اللسان م [طور] و[نذر] ويروي العجز:

.... تُطلِّقه حيناً وحيناً تراجع

﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة. فإن قيل فلم اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق. قيل لأمرين:

أحدهما: أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة.

والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها، لأن شهوتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر والرجل أغلب لشهوته منها. وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَطَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فِي زَمَانِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ عُمَرُ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعها ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءَ» (قَالَ) وَقَدْ رَوَىٰ هَذَا الحَدِيثَ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَيُونُسُ بْنُ جُبَيْرٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ يُخَالِفُونَ نَافِعاً فِي شَيْءٍ مِنْهُ قَالُوا كُلُّهُمْ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ» وَلَمْ يَقُولُوا ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ (قَالَ) وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الطَّلاَقَ يَقَعُ عَلَى الحَائِضِ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْ بِالْمُرَاجَعَةِ إِلاَّ مَنْ لَزِمَهُ الطَّلاَقُ».

قال الماوردي: الطلاق ينقسم ثلاثة أقسام: طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاق لاسنة فيه ولا بدعة.

[القسم الأول في طلاق السنّة]

فأما طلاق السنة فهو: طلاق المدخول بها في طهر لم تجامع فيه.

[القسم الثاني وهو طلاق البدعة]

وأما طلاق البدعة فطلاق اثنتين الحائض والطاهر التي قد جومعت في طهرها أما الحائض فكان طلاقها بدعة؛ لأنها طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها وأما المجامعة في طهرها. فلإشكال أمرها هل علقت منه فلا يعتبر بالطهر وتعتد بوضع الحمل. أو لم تعلق منه فتعتد بالطهر.

[القسم الثالث في الطلاق الذي ليس فيه سنة ولا بدعة]

وأما التي لا سنة في طلاقها ولا بدعة فخمس: الصغيرة والمويسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة.

أما الصغيرة والمويسة فلاعتدادهما بالشهور التي لا تختلف بحيض ولا طهر.

وأما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض ولا طهر.

وأما غير المدخول بها فلأنه لا عدة عليها فيؤثر فيها حيض أو طهر.

وأما المختلعة فلأن خوفهما من أن لا يقيما حدود الله يقتضي تعجيل الطلاق من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

وإذا انقسم الطلاق على هذه الأقسام الثلاثة فقسمان منهما يجمع على وقوع الطلاق فيهما:

أحدهما: طلاق السنة. مجمع على وقوعه.

والثاني: ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه.

والثالث: مختلف فيه وهو طلاق البدعة في حيض أو في طهر مجامع فيه. فهو محظور محرم بوفاق. واختلف في وقوعه مع تحريمه. فمذهبنا أنه واقع وإن كان محرماً. وهو قول الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء.

وحكي عن ابن علية والسبعة وبعض أهل الظاهر أنه غير واقع استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] فاقتضى ذلك الفرق بين المأمور به والمنهى عنه في الوقوع كما اقتضى الفرق بينهما في التحريم.

وبما روى ابن جريح عن أبي الزبير: قال: سَأَلَ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ بْنُ أَيْمَنَ عَبْدَ اللَّهِ بنَ عُمَرَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ طَلَّقْتُ زَوْجَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَسَأَلَ عُمَرُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيْئاً[(١)] وهذا نص في أنه لا يقع. ولو وقع لرآه شيئاً.

ولأن النكاح قد يحرم في وقت وهو في العدة والإحرام كما يحرم الطلاق في وقت وهو الحيض والطهر المجامع فيه.

ثم كان عقد النكاح في وقت تحريمه باطلاً. وجب أن يكون الطلاق بمثابة إذا وقع في وقت تحريمه.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/١٠٩٨) (١٤/١٤٧١) وأبو داود (٢١٨٥) والنسائي في كتاب الطلاق باب (١).

ولأنه لو وكل وكيلاً في طلاق زوجته في الطهر وطلقها في الحيض لم تطلق؛ لأجل مخالفته وإيقاع الطلاق في غير وقته مخالفة الله تعالى في وقت الطلاق أولى أن لا تقع بها طلاق، وهذا خطأ.

ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر. أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ يُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ. فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ(١).

فموضع الدليل منه أنه أمره بالرجعة موجب لوقوع الطلاق، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

فإن قيل أمره بالرجعة إنما هو أمر بردها إليه. قلنا: هذا تأويل فاسد من وجوه:

أحدها: أن الرجعة بعد ذكر الطلاق تنصرف إلى رجعة الطلاق.

والثاني: أنه ما ذكر إخراجها فيؤمر بردها، وإنما ذكر الطلاق وكان منصرفاً إلى رجعتها.

والثالث: أن المسلمين جعلوا طلاق ابن عمر هذا أصلاً في طلاق الرجعة وحكم العدة ووقوع الطلاق في الحيض ولم يتأولوا هذا التأويل فبطل بالإجماع.

وروى الحسن عن عبد الله بن عمر قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وَأَرَدْتُ أَنْ أُتْبِعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا. قُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلَاثاً قَالَ كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ(٢).

وهذا نص في وقوع الطلاق في الحيض لا يتوجه عليه ذلك التأويل المعلول ومن القياس أنه طلاق مكلف صادف ملكاً فوجب أن ينعقد كالطاهر.

ولأن رفع الطلاق تخفيف ووقوعه تغليظ، لأن طلاق المجنون لا يقع تخفيفاً وطلاق السكران يقع تغليظاً؛ لأن المجنون ليس بعاص والسكران عاص.

فكان المطلق في الحيض أولى بوقوع الطلاق تغليظاً من رفعه عنه تخفيفاً، ولأن النهي إذا كان لمعنى ولا يعود إلى المنهى عنه لم يكن النهي موجباً لفساد ما نهي عنه، كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يوجب فساد البيع.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٦٥٣) (٤٩٠٨) ومسلم (٢/ ١٠٩٣) (١، ٥/ ١٤٧١).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/ ٨).

كذلك النهي عن الطلاق في الحيض، إنما هو لأجل تطويل العدة لا لأجل الحيض، فلم يمنع النهي عنه من وقوع الطلاق فيه.

فأما استدلاله بالآية فنصها يوجب وقوع الطلاق في العدة، ودليلها يقتضي أن لا يقع في العدة، لكن إذا عارض دليل الخطاب بعد صرفه عن موجبه، وقد عارضه من حديث ابن عمر ما يوجب صرفه عن موجبه.

وأما استدلالهم بقول ابن عمر فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيْئاً فضعيف لتفرد أبي الزبير به ومخالفة جميع الرواة فيه مع أن قوله لم يره شيئاً يحتمل أنه لم يره إثماً، ولم يره شيئاً لا يقدر على استدراكه، لأنه قد بين أنه يستدرك بالرجعة.

وأما استدلالهم بالنكاح، فالفرق بين النكاح حيث بطل بعقده في حال التحريم وبين الطلاق حيث أمره بإيقاعه في حال التحريم، أن الطلاق أوسع حكماً وأقوى نفوذاً من النكاح لوقوع الطلاق مباشرة وسراية، ومعجلاً ومؤجلاً.

وعلى غرر لا يصح النكاح على مثله، فجاز أن يقع في وقت تحريمه وإن لم يصح عقد النكاح في وقت تحريمه.

وأما استدلالهم بالوكيل فالجواب عنه أن الوكيل إذا خالف الإذن زالت وكالته وليس يرجع بعد زوالها إلى ملك فرد تصرفه.

والزوج إذا خالف رجع بعد المخالفة إلى ملك فجاز تصرفه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَأُحِبُّ أَنْ يُطَلِّقَ وَاحِدَةً لِتَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ لِلْمَدْخُولِ بِهَا وَخَاطِباً لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا وَلاَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاَثاً لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الطَّلاَقَ فَلَيْسَ بِمَحْظُورٍ وَعَلَّمَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنُ عُمَرَ مَوْضِعَ الطَّلاَقِ فَلَوْ كَانَ فِي عَدَدِهِ مَحْظُورٌ وَمُبَاحٌ لَعَلَّمَهُ إِيَّاهُ ﷺ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. وَطَلَّقَ العَجْلاَنِيُّ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلاَثاً فَلَمْ يُنْكِرْهُ عَلَيْهِ وَسَأَلَ النَّبِيُّ ﷺ رَكَانَةَ لَمَّا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ مَا أَرَدْتَ؟ وَلَمْ يَنْهَهُ أَنْ يَزِيدَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يملك من عدد الطلاق أكثر من ثلاث، لما قدمناه من قول الله تعالى: ﴿**الطلاق مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾.

فإذا أراد أن يطلق ثلاثاً فالأولى والمستحب أن يفرقها في ثلاثة أطهار، فيطلق في كل طهر واحدة. ولا يجمعهن في طهر ليخرج بذلك من الخلاف وليأمن به ما يخافه

من ندمه فإن طلقها ثلاثاً في وقت واحد وقعت الثلاث ولم تكن محرمة ولا بدعة والسنة والبدعة في زمان الطلاق لا في عدده.

وبه قال من الصحابة الحسن بن علي وعبد الرحمٰن بن عوف.

ومن التابعين ابن سيرين ومن الفقهاء أحمد بن حنبل.

وحكي عن السبعة وعن داود بن علي وطائفة من أهل الظاهر أن طلاق الثلث لا يقع. فاختلف القائلون بهذا هل يكون واحدة أم لا؟ فقال المغربي: تكون واحدة، وقال آخرون: لا يقع منهن شيء.

وقال أبو حنيفة: طلاق الثلاث واقع لكنه حرام مبتدع.

وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود، ومن الفقهاء مالك والعراقيون.

واستدل من منع من وقوع الطلاق الثلاث بأن الله تعالى فرق طلاق الثلاث بقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فلم يجز أن يجمع ما أمر بتفريقه؛ لأنه ارتكاب ما نهى عنه. وما حرم من الطلاق لا يقع كالمراجعة.

وبما رواه عبد الله بن عباس قال: كَانَ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيَّامِ أَبِي بَكْرٍ. وَصَدْرٍ مِنْ أَيَّامِ عُمَرَ وَاحِدَةً. فَقَالَ عُمَرُ: قَد اسْتَعْجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلَاثاً[1].

فلا يجوز لعمر أن يخالف شرعاً ثبت على عهد رسول الله ﷺ. وقد ارتفع النسخ بموته.

وبما رووه عن معاوية بن عمار عن أبي الزبير عن ابن عمر أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً فِي الحَيْضِ فَاسْتَفْتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يُرَاجِعْهَا. فَإِذا طَهُرَتْ فَلْيَسْتَقْبِلْ بِهَا الْعِدَّةَ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ. وهذا نص.

فصل: واستدل أبوحنيفة على أن طلاق الثلاث محرم وإن كان واقعاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَتِهِنَّ وَأَحْصُوا العِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١].

فتضمنت هذه الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَأَحْصُوا العِدَّةَ﴾ وإحصاؤها إنما يكون انتظاراً لوقوع الطلاق فيها.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/١٠٩٩) (١٥/١٤٧٢).

والثاني: قوله تعالى فيها ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ يريد به الرجعة والرجعة لا تكون في الثلاث. وإنما تكون فيما دون الثلاث.

وبقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. فدل على أنه لا يجوز فيه أن يكون مرة.

وبما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ هَكَذَا أَمَرَكَ رَبُّكَ إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ بِهَا الطُّهْرَ ثُمَّ تُطَلِّقُها فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةً(١).

وبما رواه الحسن عن ابن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وَأَرَدْتُ أَنْ أَتْبَعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا فَقُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلاثاً فَقَالَ: كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ. فلولا أن جمع الثلاث محرم ما كان به عاصياً.

وبما رواه إبراهيم عن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده أنه قال طَلَّقَ بَعْضُ آبَائِي امْرَأَتَهُ أَلْفاً. فَانْطَلَقَ بَنُوهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا إِنَّ أَبَانَا طَلَّقَ أُمَّنَا أَلْفاً فَهَلْ لَهُ مِنْ مَخْرَجٍ؟ فَقَالَ: إِنَّ أَبَاكُمْ لَمْ يَتَّقِ اللَّهَ فِيمَا فَعَلَ؛ فَيَجْعَلَ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ مَخْرَجاً بَانَتْ مِنْهُ بِثَلَاثٍ عَلَى غَيْرِ السُّنَّةِ وَتِسْعُمَائَةٍ وَسَبْعَةٌ وَتِسْعُونَ إِثْمٌ فِي عُنُقِهِ.

قال: ولأنه إجماع الصحابة. روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ إِذَا أُتِيَ بِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً أَوْجَعَ ظَهْرَهُ.

وأن رجلاً أتى عبد الله بن عباس فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ابن عباس إن عمك عصى الله فأندمه. وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً وأن علياً وابن عباس أنكراه فكان إجماعاً، لعدم المخالف فيه.

ولأنه عدد يتعلق به البينونة فوجب أن يتكرر كاللعان.

ودليلنا على الفريقين قول الله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [٢٣٦].

فكان رفع الجناح عنه من غير تمييز لعدد يوجب التسوية بين الأعداد.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٣٠) وانظر المجمع (٤/ ٣٣٦) ونصب الراية (٣/ ٢٢٠).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٢٣٢) والدارقطني (٤/ ٢٠) وانظر المجمع (٤/ ٢٣٨) والخطيب في التاريخ (٥/ ٢٧٤) وابن حجر في المطالب (١٦٥٧).

وروى سهل بن سعد الساعدي، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا لاَعَنَ بَيْنَ عُوَيْمِرِ العَجْلاَنِي وَامْرَأَتَهُ قَالَ: كَذَبْتَ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتَهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلاَثاً[١].

فلو كان الجمع بين الطلاق والثلاث محرماً لأبانه ﷺ وأنكره، لأنه لا يقر على منكر.

وروي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ألبتة. فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: مَا أَرَدْتَ بِأَلْبَتَةِ قَالَ وَاحِدَةً فَأَحْلَفَهُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ أَكْثَرَ مِنْهَا فدل على وقوع الثلاث لو أرادها من غير تحريم.

وروى سلمة بن أبي سلمة عن أبيه أن حفص بن عمرو بن المغيرة طلق فاطمة بنت قيس ثلاثاً بكلمة واحدة. فَلَمْ يُنْكِرْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وأن عبد الرحمٰن بن عوف طلق تماضر بنت الأصبغ الكلبية ثلاثاً في مرضه فلم ينكره الصحابة عليه، وتماضر هي أم أبي سلمة بن عبد الرحمٰن، فدل ذلك من رسول الله ﷺ ومن الصحابة بعده على إباحة الجمع بين الثلاث، وروي عن الحسن بن علي أن امرأته عائشة الخثعمية قالت له بعد قتل أبيه: لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين فقال لها: أو يقتل أمير المؤمنين وتشمتين اذهبي فأنت طالق ثلاثاً، فلم ينكر ذاك أحد من الصحابة فدل على إباحته عندهم.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن طلق امرأته مائة طلقة فقال: ثلاثة لها وأقسم الباقي على نسائها.

ومن القياس أنه طلاق وقع في طهر لم يجامعها فيه فوجب أن يكون مباحاً كالطلقة الأولى، ولأن كل طلاق جاز تفريقه جاز جمعه. أصله طلاق الزوجات يجوز أن يجمعهن في الطلاق وأن يفرقهن.

ولأن كل طلاق جاز تفريقه في الأطهار جاز إيقاعه في طهر. أصله إذا طلق في طهر ثم راجع فيه ثم طلقها فيه ثم راجع وثم طلقها فيه ثم راجع.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٤٤٩) (٤٧٤٥) (٥٣٠٨) ومسلم (٢/ ١١٢٩) (١/ ١٤٩٢).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ٣٧) (١١٧ ـ ١١٨) والطيالسي في المسند ص (١٦٤) (١١٨٨) والدارمي (٢/ ١٦٣) وأبو داود (٢/ ٦٥٥) (٢٢٠٦) والترمذي (٣/ ٤٨٠) (١١٧٧) وابن ماجه (١/ ٦٦١) (٢٠٥١) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد ص (٣٢١) (١٣٢١) والدارقطني (٤/ ٣٣) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٩ ـ ٢٠٠).

ولأن الثلاث لفظ يقطع الرجعة فجاز إيقاعه في طهر لا جماع فيه كالواحدة بعد اثنتين أو كالخلع.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ فمن وجهين:

أحدهما: أن المقصود به عدد الطلاق، وأنه ثلاث وأنه يملك الرجعة بعد اثنتين ولا يملكها بعد الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ولم يرد به تفريق الطلاق أو جمعه.

والثاني: أن قوله: ﴿الطلاق مرتان﴾ يقتضي في وقت واحد لا في وقتين كما قال تعالى: ﴿نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] يعني أجرين في وقت واحد. لا في وقتين. وهم يحرمون وقوع الطلقتين في وقت كما يحرمون وقوع الثلاث.

وأما الجواب عن الاستدلال بحديث ابن عمر. فهو أنه لم يطلق إلّا واحدة في الحيض وقول النبي ﷺ لَوْ طَلَّقْتَهَا ثَلَاثاً كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ. يعني بإيقاعهن في الحيض لا بالجمع بينهن.

وأما أمره له في الخبر الثاني أن يطلق في كل طهر واحدة فعلى طريق الاستحباب والندب.

وأما الجواب عن حديث البراء بن عازب فمن وجهين:

أحدهما: أن الدارقطني رواه وذكر أنه ضعيف مجهول الراوي.

والثاني: أن قوله: طلقها على غير السنة؛ لأنه طلقها ألفاً وهو لا يملك إلا ثلاثاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بالإجماع فهو غير منعقد بمن ذكرنا خلافه من الصحابة وقد اختلفت الرواية عن ابن عباس، روى سعيد بن جبير أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً فقال: أما ثلاث فتحرم عليك امرأتك، وبقيتهن وزراً اتخذت آيات الله هزواً.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الفرقة لا تقع على قولهم باللعان حتى يوقعها الحاكم فلم يجز أن يكون أصلاً لما يوقع الفرقة.

والثاني: أن عدد اللعان لا يصح مجموعه فوجب تفريقه. والطلاق يصح مجموعة فلم يجب تفريقه.

والثالث: أنه لما جاز عدد اللعان في وقت واحد اقتضى أن يجوز عدد الطلاق في وقت واحد.

وأما استدلال من أنكر وقوع الثلاث بحديث ابن عباس عن عمر: فهو ضعيف لا يعرفه أصحاب الحديث. ولو سلمناه لاحتمل قوله. كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ

اللَّهِ ﷺ وَأَيَّامِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرٍ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ: قَدِ اسْتَعْجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلَاثاً.

فمن قال لامرأته أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه إن أراد بالثانية والثالثة طلقت واحدة. وإن أراد الاستئناف طلقت ثلاثاً.

وإن لم يكن له إرادة فعلى قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء تطلق واحدة.

والثاني: قاله في «الأم» تطلق ثلاثاً.

فعلم عمر أنهم كانوا يريدون به التأكيد فتكون واحدة، ثم صاروا يريدون به التأكيد فجعلها ثلاثاً. وإنما حملناه على هذا الاحتمال مع بُعْدِهِ؛ لأن عمر لا يجوز أن يخالف رسول الله ﷺ في شيء عمله من دينه. ولو خالفه لما أقرته الصحابة على خلافة.

ألا تراه يقول؛ لا تغالوا في صدقات النساء فلو كانت مكرمة لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ، فقامت إليه امرأة فقالت: يعطينا الله وتمنعنا يابن الخطاب قال الله تعالى: ﴿وآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [النساء: ٢٠] فقال عمر: كل الناس أفقه من عمر حتى امرأة ليفعل الرجل بماله ما شاء. وهم أن يخالف بين ديات الأصابع حتى ذكر له عن النبي ﷺ أنه قال: فِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةَ وَفِي كُلِّ إِصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ. فرجع عما هم به وسوى بين دياتها.

وأما استدلالهم بما رووه عن ابن عمر أنه طلق امرأته ثلاثاً، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها فلا يعرفه أهل الحديث. وإنما الخبر أنه قال أرأيت لو طلقتها ثلاثاً فقال كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ.

ولو صح لكان محمولاً على أنه طلقها ثلاثاً في ثلاثة أوقات. فأمره بالرجعة في إحداهن بل قد روي أنه طلقها واحدة على عهد رسول الله ﷺ ثم طلقها ثانية على عهد أبي بكر، ثم طلقها ثالثة في زمن عمر. فضبط الرواة طلاقه على ما ذكرنا. فاقتضى أن يكون رواية من أطلق محموله على هذا البيان والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا طَاهِراً بَعْدَ جِمَاعٍ أَحْبَبْتُ أَنْ يَرْتَجِعَهَا ثُمَّ يُمْهَلَ لِيُطَلِّقَ كَمَا أُمِرَ وَإِنْ كَانَتْ فِي طُهْرٍ بَعْدَ جَمَاعٍ فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ بِهِ».

قال الماوردي: فقد ذكرنا أن طلاق البدعة طلاقان:

أحدهما: الطلاق في الحيض.

والثاني: الطلاق في طهر قد جومعت فيه.

أما طلاق الحيض فلتحريمه علة واحدة، وهو أن بقية حيضها غير محتسب به من عدتها عند من جعل الأقراء الأطهار، وعند من جعلها الحيض، فصارت بالطلاق فيه غير زوجة ولا معتدة. وأما المطلقة في الطهر المجامع فيه فلتحريمه علتان:

أحدهما: أنها ربما علقت من وطئه فصارت له أم ولد فلحقه ندم من طلاق أم ولده.

والثانية: أنها تصير مرتابة في عدتها هل علقت من وطئه فتكون عدتها بوضع الحمل؟ أو لم تعلق فتكون بالإقراء؟ لكنها تعتد ببقية طهرها قرءاً فإذا طلق إحدى هاتين إما في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه فقد طلقها طلاقاً بدعياً محرماً. وإستحببنا له أن يراجعها؛ لأمر رسول الله ﷺ ابن عمر حين طلق في الحيض أن يراجع، واستدراكاً لمواقعة المحظور بالإقلاع عنه ولا تجب غليه الرجعة.

وأوجبها مالك في طلاق الحائض استدلالاً بهذين.

والدليل على أن الرجعة غير واجبة وإن استحبت قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فخيره بين الرجعة والترك وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] فدلت على أن الرجعة غير واجبة من وجهين:

أحدهما: أنه جعلها حقاً للأزواج لا عليهم.

والثاني: أنه قرنها بإرادة الإصلاح.

ولأن الرجعة إما أن تراد لاستدامة العقد أو إعادته. فإن أريدت لإعادته لم تجب، لأن ابتداء النكاح لا يجب، فإن أريدت لاستدامتـه لم تجب؛ لأن له رفعة بالطلاق، ولأن تحريم الطلاق في الحيض كتحريمه في طهر مجامع فيه، ثم لم تجب الرجعة في طهر الجماع كذلك في الحيض.

فأما حديث ابن عمر وقول النبي ﷺ مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ.

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يأمره بنفسه وجعل عمر هو الآمر له بقوله: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا دل على أن الأمر معدول به عن الوجوب إلى الاستحباب، لأنه عدل به عمن تجب أوامره إلى من لا تجب أوامره.

والثاني أن قوله: ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ترجع المشيئة إلى جمع المذكور من الرجعة والطلاق. وما رد إلى مشيئة فاعله لم يجب.

وأما استدلاله بأن فيه استدراكاً لمواقعة المحظور. فالمحظور هو وقوع الطلاق. والطلاق الواقع لا يستدرك بالرجعة وإنما يقطع تحريمه.

فصل: فإذا ثبت أن الرجعة مستحبة غير واجبة فهي في المدخول بها إذا طلقت أقل من ثلاث، لأن غير المدخول بها لا رجعة لها والثلاث لا رجعة معها فتكون الرجعة مع هذين الشرطين.

ثم الزمان الذي يستحق فيه الرجعة مقدر، وإن كان الشافعي قد أطلقه. فإن طلقت في الحيض كان الأمر بارتجاعها ما كان حيضها باقياً، فإن طهرت من تلك الحيضة التي طلقت فيها سقط استحباب الرجعة وكانت إلى خياره، لأنها قد صارت في طهر لا يحرم عليه طلاقها فيه فلم يؤمر بارتجاعها فيه.

وإن طلقت في طهر قد جومعت فيه كان مأموراً بارتجاعها في بقية طهرها وفي الحيضة التي بعد طهرها، فإن راجعها في هذا الحال فقد أتى بما أمر به وندب إليه، وإن لم يراجعها حتى دخلت في الطهر الثاني الذي لا يحرم عليه طلاقها فيه سقط ما كان مندوباً إليه من الرجعة وكانت إلى خياره.

فصل: فأما حديث ابن عمر فقد رواه نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ.

ورواه سالم ويونس بن جبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ قَالَ مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ. فخالف نافع لسالم وليونس في زيادة طهر؛ لأن رواية سالم حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ إِنْ شاءَ طَلَّقَ فأذن له أن يطلق في الطهر الأول بعد الحيضة التي طلق فيها وهذا صحيح.

وفي رواية نافع. حَتَّى تُطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ. فأذن له أن يطلق في الطهر الثاني دون الأول. والطلاق في الطهر الأول كالطلاق في الطهر الثاني فاختلف أصحابنا في أي الروايتين أثبت وأصح.

فقال بعضهم: الأصح رواية سالم ويونس. فأما نافع فوهم في زيادة الطهر الثاني؛ لأن حكم الطلاق في الطهر الأول كحكم الطلاق في الطهر الثاني.

وقال آخرون من أصحابنا: إن رواية نافع أصح وأثبت، وإنما حذف سالم ويونس ذكر الطهر الثاني اختصاراً.

فإن قيل: فإذا كانت رواية نافع أصح فلم أذن له أن يطلق في الطهر الثاني ولم يأذن له أن يطلق في الطهر الأول وهما في الحكم سواء.

قيل: قد أجاب أصحابنا عن هذا بأربعة أجوبة:

الأول: أنه لما كان طلاق ابن عمر في الحيض موجباً لتطويل العدة عليها قابله رسول الله ﷺ على طريق العقوبة له بتطويل الرجعة إلى الطهر الثاني وإن جازت في الطهر الأول.

والجواب الثاني: أنه لما أوقع ابن عمر الطلاق في غير زمانه قابله رسول الله ﷺ باستدامة الرجعة بعد زمانها.

والجواب الثالث: أن رسول الله ﷺ أحب أن تتحقق رجعته ويقوي حكمها بالوطء فيها. وزمان الوطء بعدها هو الطهر الأول. فإذا وطىء فيه خرج إيقاع الطلاق فيه. وكان طلاق بدعة فلذلك لم يأذن له أن يطلق فيه، وأذن له أن يطلق في الطهر الثاني.

والجواب الرابع: أن رسول الله ﷺ أحب أن يكمل الاستبراء بعد الرجعة وكماله يكون بطهر بعد حيضة كاملة.

والطهر الأول لم يكن بعد حيضة كاملة؛ لأن الطلاق كان في بضاعتها وإنما الطهر الثاني بعد حيضة كاملة فلذلك جعل له أن يطلق فيه، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا وَكَانَتْ حَامِلاً أَوْ لاَ تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً لِلسُّنَّةِ أَوِ البِدْعَةِ طُلِّقَتْ مَكَانَهَا لأَنَّهَا لاَ سُنَّةَ فِي طَلاَقِهَا وَلا بِدْعَةَ».

قال الماوردي: اعلم أن النساء ضربان:
ضرب لا سنة في طلاقهن ولا بدعة وضرب يتعلق بطلاقهن حكم السنة والبدعة.

فأما اللاتي لا سنة في طلاقهن ولا بدعة فأربع.

إحداهن: الصغيرة التي لم تحض. **والثانية** التي قد يئست من الحيض. **والثالثة** الحامل. **والرابعة** غير المدخول بها، وقد ذكرنا المعنى في أن لا سنة في طلاقهن ولا بدعة مع المختلعة التي وإن كانت بالحيض والطهر من أهل السنة والبدعة، فقد صرف الخلع طلاقها عن أن تكون لسنة أو بدعة.

وأما التي يتعلق بحكمها بطلاقها حكم السنة والبدعة فهي المدخول بها إذا كانت حاملاً من ذوات الحيض والطهر، فتصير من أهل السنة والبدعة في الطلاق باجتماع ثلاثة شروط.

أن تكون مدخولاً بها. وأن تكون حائلاً. وإن تكون من ذوات الأقراء بالحيض والطهر.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فهذه المسألة مصورة على طلاق من لا سنة في طلاقها ولا بدعة من النساء الأربع. الصغيرة، والمؤيسة، والحامل، وغير المدخول بها فإذا قال لواحدة منهن أنت طالق للسنة طلقت في الحال ولم يكن طلاق سنة؛ لأنها ليست من أهل السنة فيراعى ذلك فيها وهكذا لو قال لواحدة منهن أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة؛ لأنها ليست من أهل البدعة حتى يراعى ذلك فيها. فإن قيل فهلا أنتظر بها حتى تصير من أهل السنة والبدعة فتطلق للسنة أو البدعة. كما انتظر بالحائض إذا قيل لها أنت طالق للسنة أن تطهر فتصير من أهل السنة قيل: لأن ذات الحيض في الطهر من أهل السنة والبدعة، فانتظر بطلاقها أن تكون للسنة أو البدعة. وهؤلاء الأربع لسن من أهل السنة والبدعة فلم ينتظر بطلاقهن ما لا يتصفن به من سنة ولا بدعة كما أن الأجنبية لما لم تكن من أهل الطلاق لم ينتظر بها عقد النكاح لوقوع الطلاق.

فصل: فلو قال لإحدى الأربع أنت طالق للسنة إذا صرت في الطلاق من أهل السنة روعي ذلك فيمن أمكن مراعاته فيها، وانتظر بها أن تصير من أهل السنة؛ لأنه طلاق مقيد بشرط فلم يقع قبل وجود الشرط. والفرق بين الأمرين أن هذا شرط للطلاق فانتظر. وذلك صفة للطلاق فلم ينتظر. وإذا كان كذلك فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض ثم تطهر فتطلق، وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها وتطهر فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن يجامعها. وينقضي طهر المجامعة والحيض الذي بعده ثم تطهر فتطلق.

فأما المؤيسة فلا ينتظر بها ذلك، لأنه غير ممكن فيها، فلا يقع الطلاق عليها وعلى هذا لو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للبدعة، إذا صرت في الطلاق من أهل البدعة روعي ذلك.

فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن يجامعها فتطلق سواء جامعها في طهر أو حيض، لأنها تصير بعد جماعه من أهل البدعة في الحالين. وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها ثم تطلق في أول

نفاسها. فإن لم تر بعد ولادتها دم نفاس لم تطلق حتى يجامعها في طهرها، سواء قبل بوجوب الغسل في أحد الوجهين أو بسقوطه عنها في الوجه الثاني؛ لأن الغسل إن وجب فلوضع الحمل الجاري مجرى الإنزال لا إنه لأجل النفاس.

فصل: فلو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة، وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل السنة لم يقبل ذلك منه في ظاهر الحكم، ولزمه الطلاق معجلاً لغير السنة، ودين فيما بينه وبين الله تعالى فيما نوى. فلم يلزمه الطلاق أن تصير فيه من أهل السنة وجرى ذلك في مجرى قوله أنت طالق وقال: أردت بذلك إن دخلت الدار لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن، فلم تطلق إلا بدخول الدار. وهكذا لو قال لإحداهن أنت طالق للبدعة وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل البدعة لم يقبل منه في ظاهر الحكم وألزم تعجيل الطلاق. ودين في الباطن ولم يلزمه الطلاق إلا أن تصير إلى تلك الحال.

ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة إن كان يقع طلاق السنة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك مع الشك في حالها؛ لأنه شك في الصغيرة هل حاضت أو لم تحض؟ أو شك في الحمل هل هو حمل أو غلط أو شك في المؤيسة هل انقطع حيضها أو تأخر أو شك في غير المدخول بها هل كان قد دخل بها أو لم يدخل؟.

فلا طلاق عليه في الحال ولا إذا صارت من أهل السنة في ثاني حال؛ لأنه علق ذلك بوجود الشرط في الحال.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك وهو على يقين أنها ليست في الطلاق من أهل السنة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه شرط ملغي لاستحالته ويقع الطلاق في الحال.

والوجه الثاني: أنه معتبر مع استحالته فلا يقع الطلاق في الحال ولا أن صارت من أهل السنة في ثاني حال كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء لم تطلق وإن علق بشرط مستحيل وهكذا لو قال لإحداهن: أنت طالق للبدعة إن كان يقع عليك طلاق البدعة، فإن كان مع الشك فيهن لم يقع الطلاق، وإن كان مع اليقين فعلى وجهين.

فصل: ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة في الحال؛ لأنه قد جمع بين صفتين متضادتين يستحيل اجتماعهما في النساء عموماً وانفرادهما في هؤلاء خصوصاً فألغيت الصفتان وعجل وقوع الطلاق. ولو قال لإحداهن: أنت طالق لا

للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال وهي منصفة بهذا الحكم لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

فصل: وإذا رأت الحامل دماً يضارع الحيض صفة وقدراً. فقال لها: أنت طالق للسنة أو قال: للبدعة. فهو على اختلاف قول الشافعي في الدم على الحمل. هل يكون حيضاً أم لا؟ فعلى قوله في القديم، لا يكون حيضاً ويكون دم فساد.

فعلى هذا يكون كطلاق الحامل ذات النقاء، إن قال لها: أنت طالق للسنة، طلقت في الحال، سواء كانت في حال الدم أو في وقت انقطاعه، ولم يكن طلاق سنة. وإن قال أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أن دم الحامل إذا ضارع الحيض في الصفة والقدر كان حيضاً. فعلى هذا إن قال لها أنت طالق للسنة نظر، فإن كان بعد انقطاع حيضها طلقت، وإن كان في وقت حيضها ففي وقوع طلاقها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها لا تطلق فيه لكونه حيضاً فصار كحيض الحائل.

والوجه الثاني: وهو قول أكثر أصحابنا: أنها تطلق فيه بخلاف حيض الحائل؛ لأن الحائل تعتد بالطهر دون الحيض فلذلك صار طلاقها في الحيض بدعة.

والحامل تعتد بوضع الحمل دون الطهر والحيض فلم يكن طلاقها في الحيض بدعة، وعلى هذا لو قال لها وهي تحيض على الحمل أنت طالق للبدعة. فإن كان ذلك في حال حيضها طلقت في الحال وإن كان في حال طهرها فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: أنها تطلق في الحال إذا قيل: إن طلاقها في الحيض ليس ببدعة.

والوجه الثاني: أنها لا تطلق إلا في الحيض، إذا قيل: إن طلاقها في الحيض بدعة فعلى هذا لو لم تر بعد طلاقه حيضاً حتى ولدت. طلقت في نفاسها بعد الولادة. لأننا قد أثبتنا على هذا الوجه حكم هذه الصفة فلذلك وجب انتظارها، ولكن لا يختلف أصحابنا إن وطئها في طهرها على الحمل لا يكون الطلاق فيه طلاق بدعة وهذا يقتضي أن يكون طلاقها في الحيض لا يكون طلاق بدعة.

فصل: وإذا تزوج حاملاً من زنا صح نكاحها عندنا، وجاز له وطؤها في حملها وإن خالفنا فيه مالك فإن طلاقها للسنة. فإن لم يكن قد دخل بها تعجل طلاقها؛ لأن غير المدخول بها لا سنة في طلاقها ولا بدعة، فإن دخل بها لم يتعجل طلاقها وانتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها، فتطلق في أول طهرها بعد النفاس، بخلاف الحامل منه.

والفرق بين الحامل منه وبين الحامل من زنا حيث لم يكن في طلاق الحامل سنة ولا بدعة وكان في طلاق الحامل من زنا سنة وبدعة لأنه أذا طلق الحامل منه اعتدت بوضعه فارتفعت السنة والبدعة في طلاقها.

وإذا طلق الحامل من زنا لم تعتد من بوضعه واعتد بالأقراء فتثبت السنة والبدعة في طلاقها. فعلى هذا لو كانت تحيض على الحمل، فإن لم نجعله على قوله في القديم حيضاً لم نعتبره. وإن جعلناه حيضاً على قوله في الجديد اعتبرناه، فإذا طهرت منه على الحمل طلقت للسنة.

وعلى هذا لو قال لها: أنت طالق للبدعة، وقد جامعها على حملها. ، وقع عليها في الحال طلاق البدعة، لأن حكم هذا الحمل ملغى. وهو طهر قد جومعت فيه، فكان الطلاق فيه طلاق بدعة. ولو حاضت عليه بعد جماعه، وجعلناه حيضاً، وطهرت منه ثم طلقها للبدعة لم تطلق إلا أن تحيض على الحمل فتطلق أو يطأها في هذا الطهر فتطلق، أو تضع حملها وتصير في نفاسها فتطلق؛ لأن الطلاق في الحيض بدعة، وفي طهر الجماع بدعة، وفي النفاس بـدعة، والله أعلم بالصواب.

فصل: ولو قال لزوجته وهي حامل منه إذا ولدت ولداً فأنت طالق للسنة فلا طلاق عليه قبل الولادة، فإذا ولدت لم تطلق حتى ينقضي نفاسها، لأنه جعله بالولادة واقعاً للسنة فلذلك روعي انقضاء نفاسها، فلو كانت المسألة بحالها فولدت ولدين طلقت بعد الأول وقبل وضع الثاني، لأنها بوضع الأول قد وجد شرط طلاقها، وصارت مع بقاء الثاني حاملاً، والحامل إذا طلقت للسنة وقع طلاقها في الحال، لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ فَقَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ طُلِّقَتْ ثَلَاثاً مَعاً وَإِنْ كَانَتْ مُجَامَعَةً أَوْ حَائِضاً أَوْ نُفَسَاءَ وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ حِينَ تَطْهُرُ مِنَ الحَيْضِ أَوْ النِّفَاسِ وَحِينَ تَطْهُرُ المُجَامَعَةُ مِنْ أَوَّلِ حَيْضٍ بَعْدَ قَوْلِهِ وَقَبْلَ الغُسْلِ وَإِنْ قَالَ نَوَيْتُ أَنْ تَقَعَ فِي كُلِّ طُهْرٍ طَلْقَةٌ وَقَعْنَ مَعاً فِي الحُكْمِ وَعَلَى مَا نَوَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ».

قال الماوردي: وإذا قد مضى طلاق من لا سنة في طلاقها ،لا بدعة، فهذه المسألة مقصورة على طلاق ذات السنة والبدعة من ذوات الحيض والطهر، وهو الضرب الثاني من النساء وهو أن يجتمع فيها ما قدمنا من الشروط الثلاثة.

أن تكون مدخولاً بها، وأن تكون حائلاً، وأن تكون من ذوات الحيض والطهر.

فإذا قال لهذه التي قد تكامل فيها شروط السنة والبدعة أنت طالق للسنة لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تكون في طهر لم تجامع فيه، فيقع طلاقها في الحال؛ لأنه طلاق للسنة.

والقسم الثاني: أن تكون حائضاً فلا طلاق عليها في حال الحيض فإذا انقضى بقية حيضها طلقت بدخولها في أول الطهر قبل الغسل، سوء انقطع الحيض لأقله أو لأكثره.

وقال أبو حنيفة إن انقطع حيضها لأكثره طلقت قبل الغسل، وإن انقطع حيضها لأقله لم تطلق إلا بعد الغسل، وهذا خطأ، لأن ما وقع فيه طلاق السنة بعد الغسل وقع فيه طلاق السنة قبل الغسل قياساً على أكثر الحيض. وكذلك لو كانت نفساء لم تطلق في نفاسها، لأن النفاس في حكم الحيض.

فإذا طهرت منه طلقت قبل الغسل مثل الحيض.

والقسم الثالث: أن تكون في طهر قد جامعها فيه فلا طلاق عليها في الحال؛ لأنها من غير أهل السنة في الطلاق، فإذا انقضى بقية طهرها الذي جامعها فيه وحاضت بعده حيضة كاملة ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت، لأنه حينئذ طلاق السنة إلا أن يجامعها في آخر الحيض وأول الطهر فلا تطلق فيه؛ لأنه بدأها وهي مجامعة وصار طهراً جامعها فيه لا يقع فيه طلاق السنة، وهكذا لو فعل ذلك مع أول كل طهر لم تطلق.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق للبدعة لم يخل حالها من الأقسام الثلاثة:

أحدها: أن تكون حائضاً فتطلق في الحال، لأن الحيض زمان البدعة وكذلك لو كانت نفساء طلقت؛ لأن النفاس كالحيض.

والقسم الثاني: أن تكون في طهر جامعها فيه فتطلق، لأن طهر المجامعة زمان البدعة وسواء أنزل من جماعه أو لم ينزل إذا التقى ختاناهما؛ لأنه حكم يستقر به الدخول ويكمل به المهر وتجب به العدة.

والقسم الثالث: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه فلا طلاق حتى تحيض فتطلق، لأن الحيض زمان البدعة، أو يجامعها في ذلك الطهر فتطلق؛ لأن طهر المجامعة زمان لطلاق البدعة ثم يعتبر حال جماعه فيه، فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حين أولج ذكره نزع وأقلع فقد طلقت بالإيلاج ولم يلزمه بعد وقوع الطلاق مهراً بالإخراج؛ لأنه ترك.

والقسم الثاني: أن يكون قد نزع بعد إيلاجه ثم استأنف الإيلاج بعده، فعليه مهر مثلها بالإيلاج الثاني؛ لأنها طلقت بالإيلاج الأول فصار مستأنفاً للإيلاج الثاني بعد طلاق رجعي فلزمه فيه مهر المثل.

والقسم الثالث: أن يكون حين أولج استدام الإيلاج ولم ينزع حتى أنهى جماعه ففي وجوب مهر المثل عليه وجهان:

أحدهما: لا مهر عليه اعتباراً بأوله فأنه كان وهي زوجة. **والوجه الثاني** عليه مهر المثل اعتباراً بآخره؛ لأنه كان وهي مطلقة.

فصل: وإذا قد مضى ما يقع به الطلاق السنة في زمانه. وما يقع به طلاق البدعة في زمانه. فقد استقر لك زمان الطلاقين فاعتبرهما فيما تفرع منهما.

فإن قال: أنت طالق لا للسنة كانت طالقاً للبدعة، لأنه إذا لم يخل هذا الطلاق من هاتين الصفتين كان نفي إحداهما إثباتاً للأخرى.

وهكذا لو قال: أنت طالق لا للبدعة، كانت طالقاً للسنة؛ لأن نفي البدعة إثباتاً لضدها ولو قال: أنت طالق للسنة أو البدعة. رجع إلى خياره ليوقع ما شاء من طلاق السنة أو البدعة؛ لأن لفظه أو موضوعه للتخيير.

ولو قال: أنت طالق للسنة والبدعة طلقت في الحال لتعارض الصفتين وتنافي اجتماعهما فألغيتا: ثم ينظر في الحال: فإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة، وإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وهذا لو قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال، لأنه قد جمع في النفي بين صفتين لا بد من وجود إحداها فسقط حكم نفيه وتعجل وقوع الطلاق فإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة.

ولو قال: أنت طالق في السنة وأنت طالق بالسنة كان كقوله أنت طالق للسنة، فيقع عليها طلاق السنة، ولو قال: أنت طالق بالبدعة أو أنت طالق في البدعة كان كقوله: أنت طالق للبدعة فيقع عليها طلاق البدعة. ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج فقد حكى ابن المنذر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه طلاق الثلاث. وليس للشافعي فيه نص، لكن قياس مذهبه أن يكون طلاق بدعة. فيقع عليها طلاق البدعة، ولو قال: أنت طالق للساعة وقع عليها طلاق السنة.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق طلقتين إحداهما للسنة والأخرى للبدعة، وقعت إحدى الطلقتين في الحال، لأنه لا يخلو أن تكون حال سنة أو بدعة. فإن كانت حال سنية كانت الأولى سنية فوقعت الثانية في زمان البدعة، وإن كانت حال بدعة كانت الأولى بدعية فوقعت الثانية في زمان السنة.

ولو قال؛ أنت طالق طلقتان للسنة والبدعة احتمل وجهين:

أحدهما: أن يجعل إحداهما للسنة والأخرى للبدعة إثباتاً لحكم الصفتين، لأنه إذا أمكن اجتماعهما لم يسقطا.

والوجه الثاني: أن تلغى الصفتان ويعجل إيقاع الطلقتين، لأن الظاهر من الصفتين عودهما إلى جميع الطلقتين، فلم يجز أن يفيد المطلق كما لم يجز أن يطلق المقيد.

فصل: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة فهي مسطور المسألة فتقع الثلاث معاً في زمان السنة ولا يتفرقن في ثلاثة أطهار؛ لأن السنة والبدعة عندنا في زمان الطلاق لا في عدده.

وقال أبو حنيفة ومالك: يتفرق الثلاث في ثلاثة أطهار، ولا يقعن في طهر واحد، لأن السنة والبدعة عندهما في الطلاق وفي عدده وقد مضى الكلام معهما».

فعلى هذا لو قال: أردت أن يتفرقن في ثلاثة أطهار فيقع في كل طهر واحدة لقول أبي حنيفة ومالك، فهذا محتمل وهو مخالف للظاهر، فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ويقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى، فيدين فيه فلا يقع في باطن الحكم إلا على ما نوى، وإن وقع في ظاهر الحكم معجلاً، وهكذا لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً ثم قال: أردت للسنة، فإن كانت الحال وقتاً لطلاق السنة طلقت في الحال ثلاثاً للسنة. في ظاهر الحكم وباطنه، وإن كانت الحال وقتاً لطلاق البدعة. فقد ذكر محتملاً يخالف ظاهر الإطلاق، فيقع الطلاق معجلاً في ظاهر الحكم اعتباراً بظاهر الطلاق، ولا يقع في باطن الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى إلا على ما نوى من طلاق السنة إذا جاء زمان السنة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة ثم قال سبق لساني بقول السنة وإنما أردت طلاق الثلاث على الإطلاق قبل منه وقع الطلاق الثلاث سواء كان للسنة أو للبدعة، لأنه وإنْ خالف ظاهر لفظه فهو أغلظ عليه وأضر به. ومن يبين الأخف بالأغلظ قبل منه ظاهراً وباطناً، ومن بين الأغلظ بالأخف لم يقبل منه في الظاهر. وإن قبل منه في الباطن إذا كان محتملاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَو كَانَ قَالَ فِي كُلِّ قُرْءٍ وَاحِدَةٌ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً حُبْلَى وَقَعَتِ الأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثِّنْتَانِ إِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَلَى الحَبَلِ أَوْ لَا تَحِيضُ حَتَّى تَلِدَ ثُمَّ تَطْهُرَ فَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ لَهَا رَجْعَةٌ حَتَّى تَلِدَ بَانَتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَلَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا غَيْرُ الأُولَى».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة فقد صرح بتفريق الثلاث في ثلاثة أقراء، فلا يقعن إلا هكذا، فإذا كان كذلك فلا يخلو حال المرأة من أحد أمرين. إما أن تكون من أهل السنة والبدعة، أو لا تكون منهن. فإن كانت من أهل السنة والبدعة فلا يخلو حالها من أن تكون حائضاً أو طاهراً، فإن كانت حائضاً لم تطلق في حال حيضها حتى إذا طهرت طلقت في أول طهرها؛ لأنه أول زمان السنة. فإذا حاضت الحيضة الثانية ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت طلقة ثانية، سواء راجع بعد الأولى أو لم يراجع. فإذا حاضت الحيضة الثالثة ودخلت في أول الطهر الثالث، طلقت طلقة ثالثة، سواء راجع بعد الثانية أو لم يراجع.

فأما العدة فإن لم يكن قد راجعها بنت على عدة الطلقة الأولى، فإذا انقضى الطهر الثالث بدخول الحيضة الرابعة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج، وإن راجعها لم يخل حاله بعد الرجعة من أن يطأها فإن وطئها استأنفت العدة بعد الطلقة الثالثة التي بعد رجعته ووطئه ويكون ذلك الطهر الذي وقعت فيه الطلقة الثالثة قرءاً واحداً فتأتي بعده بقرأين، وإن لم يطأها بعد رجعته، فهل تبني على العدة أو تستأنفها على قولين:

أحدهما: أنها تبني على عدة الطلقة الأولى، لأن الرجعة قد بطلت بما تعقبهما من الطلاق.

والقول الثاني: أنها تستأنف العدة من الطلقة الثالثة؛ لأن الرجعة قد أبطلت ما تقدمها من الطلاق.

فأما إذا كانت عند الطلاق طاهراً طلقت في الحال واحدة، لأن بقيّة هذا الطهر قرء. وسواء كان قد وطئها في هذا الطهر أم لا، لأن طهر الجماع قرء يقع به الاعتداد كما تعتد بطهر ليس فيه جماع. إلا أن الطلقة في طهر الجماع تكون بدعية.

وفي طهر غير الجماع تكون سنية، وهو إنما علق الطلاق بالقرء لا بالسنة فلذلك روعي ما يكون قرءاً وإن لم يكن الطلاق فيه للسنة، فإذا وقعت الطلقة الأولى في الطهر الأول لم يحل له جماعها إن لم يراجعها وإن راجعها فيه حل له جماعها فهي بقية طهرها فإذا حاضت حرم عليه جماعها في الحيض، فإذا دخلت في أول الطهر الثاني طلقة ثانية وحرم عليه جماعها فيه إن لم يراجعها، وإن راجعها فيه حل له جماعها في بقيته فإذا حاضت الحيضة الثانية، حرم عليه جماعها في حيضها، فإذا دخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

فأما العدة فعلى ما ذكرنا. فإن لم تراجع بنت على عدة الطلقة الأولى وانقضت عدتها بانقضاء الطهر الثالث. وإن راجعها فإن جامعها بعد الرجعة استأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة، وإن لم يجامعها فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: يبني على عدة الطلقة الأولى **والقول الثاني** يستأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة. فلو قال لها في آخر طهرها: أنت طالق في كل قرء واحدة ثم حاضت قبل تمام كلامه أو مع تمامه من غير أن يتصور فيهما طهر منفصل.

قال أبو العباس بن سريج: تطلق فيه وتعتد به قرءاً لوجود الطلاق فيه، وهذا خطأ، بل لا يقع فيه طلاق ولا يقع به اعتداد؛ لأن وقوع الطلاق بالكلام إنما يكون بعد تمام الكلام لا بأوله ألا تراه لو قيده بقيمة كلامه بشرط كان الطلاق محمولاً على ذلك الشرط ولو وقع بأوله ما حمل على شرط آخره، ولم يجد بعد تمام كلامه طهراً يكون قرءاً، فيكون شرطاً لوقوع الطلاق ولذلك لم تطلق.

فصل: وأما الحال الثانية وهو أن تكون من غير أهل السنة والبدعة وذلك بأن تكون واحدة من أربع:

إحداهن: أن تكون غير مدخول بها فتطلق واحدة في الحال طاهراً كانت أو حائضاً. وقد بانت بها لأنه لا عدة عليها ومن لا عدة عليها فلا قرء لها فتجري مجرى طلاقها للسنة فيقع الطلاق عليها في الحال. وإن لم تكون للسنة، فإن لم يتزوجها حتى مضى لها بعد الطلقة الأولى طهران انحل طلاقه فيما بقي من الطلقتين، وإن تزوجها قبل مضي الطهرين فعود طلاقه على قولين؛ لأنه عقد طلاق في نكاح وجد شرطه في غيره.

والثانية: أن تكون حاملاً فتقع عليها في الحال طلقة واحدة، لأن الحمل قرء معتد به وتكون طلقة لا سنة فيها ولا بدعة، فلو كانت تحيض على حملها لم تطلق في الأطهار التي بين حيضها سوى الطلقة التي وقعت بحملها، سواء حكم له بحكم الحيض أم لا؛ لأنه وإن كان حيضاً فليست أطهاره أقراء يعتد بها، وإذا لم تطلق إلا واحدة بالحمل فإن لم يراجعها حتى وضعت فقد انقضت عدتها وبانت، فإن استأنف نكاحها بعد مضي طهرين من حملها لم يعد عليها طلاق، وإن استأنفه قبل مضي الطهرين ففي عود طلاقه قولان على ما ذكرنا.

وإن راجعها قبل وضعها فإذا طهرت بعد نفاسها طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة، فإن لم يراجع اعتدت من الطلقة الثانية، وإن راجع ووطىء اعتدت من الطلقة الثالثة، وإن راجع ولم يطأ فعلى ما مضى من القولين.

والثالثة: أن تكون صغيرة قد دخل بها فتطلق في الحال واحدة، فإن لم يراجعها حتى مضت أربعة أشهر فقد بانت بها، وإن راجع قبل مضي ثلاثة أشهر حلت ولم تطلق بعد رجعته ما لم تحض؛ لأنه قد وقع طلاقها فيه، فإذا حاضت ثم طهرت طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقة ثالثة وحرمت عليه إلا بعد زوج. والكلام في العدة عليها مضى.

والرابعة: أن تكون مؤيسة فتطلق في الحال واحدة كالصغيرة، فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها وبانت، ولو تزوجها لم يعد الطلاق قولاً واحداً؛ لأنها في طهر قد وقع طلاقها فيه، وإن راجعها كانا على النكاح ولا تطلق بالطهر بعد الرجعة؛ لأنه هوالطهر الذي وقع فيه الطلاق الأول ولا يتصور مع الإياس أن تحيض، فإن حاضت فهي غير مؤيسة فتطلق إذا طهرت من حيضها طلقة ثانية، ثم تطلق ثالثة في طهر إن كان لها بعد حيضة أخرى.

فصـل: في تعليق الطلاق بالطهر

وإذا قال لها وهي حائض: إذا طهرت فأنت طالق طلقت بعد انقطاع دمها بدخولها في أول الطهر، سواء انقطع دمها لأقل الحيض أو لأكثره، وسواء اغتسلت أو لم تغتسل، ويكون طلاق سنة، ولو قال لها وهي طاهر إذا طهرت فأنت طالق، لم تطلق في هذا الطهر حتى تدخل في طهر مستقبل، وذلك بأن تحيض بعد الطهر ثم تطهر فتطلق بدخولها في أول الطهر الثاني؛ لأن لفظة إذا موضوعة للمستقبل. ألا تراه لو قال يا زيد إذا جئتني فلك دينار وهو عنده لم يستحق الدينار حتى يستأنف المجيء إليه بعد هذا القول، ولكن لو قال لها إن كانت طاهراً فأنت طالق، فإن كانت في الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً لم تطلق في الحال إلا إذا طهرت؛ لأنه جعل وجود طهرها في الحال شرطاً في وقوع الطلاق ألا تراه لو قال لها: إن كنت في الدار فأنت طالق فكانت في غير الدار لم تطلق بدخول الدار، ولو قال لها: إذا طهرت طهراً فأنت طالق فإن كانت في الحال حائضاً، فإذا مضى عليها بعد هذا الحيض طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة لوقوعه في الحيض. وإن كانت في الحال طاهراً فإذا مضى بقية طهرها وحيضة بعدها ثم طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة. وإنما كان كذلك، لأن قوله إذا طهرت طهراً يقتضي كمال طهر مستقبل، ولو قال لها أنت طالق في طهرك، فإن كانت في تلك الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً طلقت إذا طهرت فيقع الطلاق في هذا بالطهر في الحال

وبالطهر المستقبل وإذا وقع الطلاق بالطهر في الحال لم يقع بالطهر المستقبل؛ لأن وجود الشرط قد استوفى حكمه.

فصل: في تعليق الطلاق بالحيض

وإذا قال لها وإذ هي طاهر إذا حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في أول الحيض ويكون طلاق بدعة، فإذا رأت الدم في زمان العادة فالظاهر أنه أول الحيض فيحكم بوقوع الطلاق، فإن استدام يوماً وليلة تحقق وقوعه، وإن انقطع لأقل من يوم وليلة بان أنه لم يكن حيضاً وأن الطلاق لم يقع، وإن رأت الدم قبل وقت العادة فالظاهر أنه ليس بحيض، وأن الطلاق لم يقع، وإن استدام يوماً وليلة بان أنه كان حيضاً وأن الطلاق وقع بأول الدم، ولو قال لها وهي حائض: إذا حضت فأنت طالق، لم تطلق في بقية حيضها حتى تطهر منها ثم تحيض بعد طهرها فتطلق كما ذكرنا في الطهر، ويكون طلاق بدعة، لو قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، فإن كانت طاهراً: فإذا مضى بقية طهرها ثم حيضة كاملة بعدها ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقة وكان طلاق سنة. ولو كانت حائضاً فإذا مضى بقية حيضها ثم طهر كامل ثم حيضة كاملة ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقت، وكان طلاق سنة. ولو قال لها: إن كنت حائضاً فأنت طالق، فكانت طاهراً لم تطلق في الحال ولا إذا حاضت في ثاني حال. ولو قال لها أنت طالق في حيضك طلقت بالحيض في الحال.

فإن لم تكن فبالحيض المستقبل كما قلنا في الطهر، فلو قال: كلما حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في الحيضة الأولى طلقة واحدة، وبدخولها في الحيضة الثانية طلقة ثانية، وبدخولها في الحيضة الثالثة طلقة ثالثة، لأن لفظ كلما موضوع للتكرار، ويكون الثلاث كلهن طلاق بدعة وتنقضي عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، لأن لها في الثلاث حيض طهرين فتأتي بالطهر الثالث وانقضاؤه يكون بدخولها في الحيضة الرابعة، ولو كان قال لها كلما حضت حيضة فأنت طالق، طلقت ثلاثاً بدخولها في الطهر الثالث وانقضت عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، ويكون هذا طلاق سنة، لأنه يقع في أول كل طهر.

فصل آخر منه: وإذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق فقالت: قد حضت فإن صدقها فيه طلقت، وإن أكذبها فقولها فيه مقبول على نفسها، وله إحلافها، وقد طلقت. ولو قال لها: قد حضت؟ فقالت: لم أحض طلقت بإقراره. ولو قال لها: إذا حضت فضرتك عمرة طالق، فقالت: قد حضت. فإن صدقها طلقت ضرتها، وإن أكذبها لم تطلق ضرتها، لأن قولها في حيضها وإن كان مقبولاً على نفسها، مع تكذيب الزوج فهو غير مقبول على غيرها إلا بتصديق الزوج. كالمودع يقبل قوله في الوديعة

على ما ذكرنا ولا يقبل قوله في ردها على غيره. فلو قال لها: إذا حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فإن صدقها طلقت هي وضرتها، وإن أكذبها طلقت هي، ولم تطلق ضرتها لأن قولها على نفسها مقبولاً وعلى ضرتها غير مقبول، فإن صدقتها الضرة على الحيض لم يؤثر تصديقها، لكن لها إحلاف الزوج على تكذيبها، وهو مخير في يمينه بين أن يحلف أن تلك لم تحض أو يحلف أن الضرة لم تطلق؛ لأن المقصود بالحيض وقوع الطلاق في أن تكون اليمين معقودة عليه.

فصـل آخر منه: ولو قال وله زوجتان: إذا حضتما فأنتما طالقتان، فإن حاضت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن حاضتا طلقتا. فلو قالتا قد حضنا، فإن صدقهما طلقتا، وإن أكذبهما لم يطلقا؛ لأن طلاق كل واحدة منهما بحيضها فحيض ضرتها، وقولها وإن كان مقبولاً على نفسها فقول ضرتها غير مقبول عليها، فلو صدق إحداهما وكذب الأخرى، طلقت المكذبة دون المصدقة؛ لأن المكذبة قولها مقبول على نفسها، وقد صدق عليها ضرتها فطلقت، فضرة المصدقة مكذبة عليها فلم تطلق.

فلو قال وهن ثلاث إذا حضتن فأنتن طوالق، فإذا حاضت واحدة منهن أو اثنتان لم تطلق واحدة منهن. فإذا حضن معاً طلقن كلهن، فلو قلن: قد حضن فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلقن، وإن صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن في طلاق كل واحدة منهن مكذبة عليها. ولو صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها؛ لأنه قد صدق ضرتيها عليها، ولا تطلق كل واحدة من المصدقتين؛ لأن في إحدى ضرتيها مكذبة.

ولو كن أربعاً فقال: إذا حضتن فأنتن طوالق فقلن: قد حضنا فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلقن، وإن صدق واحدة وكذب ثلاثاً لم يطلقن، وكذلك لو صدق اثنتين وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن طلاق كل واحدة يكون بحيضها وحيض ضرائرها الثلاث وكل واحدة من المصدقتين قد كذب عليها ضرتين، وكل واحدة من المكذبتين قد كذب عليها ضرة، فلو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها دون المصدقات؛ لأن قول المكذبة مقبول على نفسها وقد صدق ضرائرها عليها فطلقت.

وكل واحدة من المصدقات قد كذب عليها واحدة من ضرائرها فلم تطلق.

فصـل آخر منه: وإذا كان له أربع زوجات فقال: أيتكن حاضت فضرائرها طوالق فإن حاضت واحدة منهن لم تطلق، وطلق كل واحدة من ضرائرها واحدة؛ لأن حيض كل واحدة شرط في طلاق غيرها. فإن حاضت ثانية لم تطلق هي، وطلقت الحائض الأولى واحدة، وطلقت كل واحدة في الحيضة الثانية ثانية ثانية، فإن حاضت ثالثة

طلقت بها الأولى طلقة ثانية وطلقت الثانية طلقة ثانية وطلقت بها والرابعة طلقة ثالثة، فإن حاضت الرابعة طلقت بها الأولى طلقة ثالثة، وطلقت بها الثانية طلقة ثانية، وطلقت بها الثالثة طلقة ثالثة، فيطلقن ثلاثاً ثلاثاً، فلو قلن: قد حضنا فإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، لأن طلاقها بحيض ضرائرها لا بحيضها، وإن صدق واحدة منهن وكذبت الباقيات طلقت كل واحدة من المكذبات الثلاث واحدة واحدة؛ لأنه قد صدق عليها واحدة، ولا تطلق المصدقة؛ لأن كل واحدة من ضرائرها مكذبة.

ولو صدق اثنتين وكذب اثنتين طلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين؛ لأنه قد صدق عليها ضرتين وطلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة واحدة، لأنه قد صدق عليها ضرة واحدة، ولو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين؛ لأنه قد صدق عليها ضرتين، ولو صدق الأربع كلهن طلقت واحدة منهن ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر.

فصل: وإذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق واحدة، فإذا حضت حيضتين فأنت طالق اثنتين. فحاضت حيضتين طلقت ثلاثاً، بالأولى منهما طلقة؛ لأنها قد حاضت حيضة، وبالثانية منهما طلقتين: لأنها قد حاضت حيضتين.

ومثاله أن يقول: إن كلمت رجلاً فأنت طالق واحدة، وإن كلمت شيخاً فأنت طالق واحدة وإن كلمت زيداً فأنت طالق واحدة فكلمت زيداً وكان شيخاً طلقت ثلاثاً، واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ وثالثة بأنه زيد، ولو كلمت عمراً وإن كان شاباً لم تطلق إلا واحدة بأنه رجل. ولو كان شيخاً لم تطلق الاثنتين واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ، ولكن لو قال لها: إذا حضت فأنت طالق واحدة، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ثنتين لم تطلق ثلاثاً إلا بثلاث حيض لأجل قوله. فيقع منهما بالحيضة الأولى طلقة ولا تطلق بالحيضة الثانية شيئاً، فإذا حاضت الحيضة الثالثة صارت مع الحيضة الثانية صفة لوقوع الطلقتين فتطلق حينئذ ثلاثاً ، وإنما كان كذلك، لأن ثم توجب التراخي والفصل، والواو توجب الاشتراك والجمع، فلذلك فافترقا في هذين الموضعين.

فصل آخر: إذا قال وله امرأتان: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقتان ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه علق طلاقهما بحيضة منهما ومستحيل أن يشتركا في حيضة واحدة ولا بحيض إحداهما؛ لأنها لا تكون الحيضة منهما فصار تعليق الطلاق بها لغواً فلم تقع.

والوجه الثاني: أن الشرط صحيح وتعليق الطلاق به جائز، ومعنى قوله: إذا حضتما حيضة أي إذا حاضت كل واحدة منكما حيضة فأنتما طالقتان، والكلام إذا كان مفهوم المعنى وأمكن حمله على الصحة. وإن كان على وجه المجاز لم يجز حمله على الإلغاء والفساد، فإذا حاضت كل واحدة حيضة كاملة طلقت طلاق السنة لوقوعه في أول الطهر وإن حاضت إحداهما دون الأخرى لم تطلق واحدة منهما. وأصل هذه المسألة: اختلاف المتقدمين من أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة فيمن قال لامرأتيه إذا ولدتما ولداً فأنتما طالقتان، فذهب الربيع بن سليمان من أصحابنا. وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة إلى أنهما لا يلحقهما بالولادة طلاق؛ لأنه إن ولدت إحداهما لم يكن ذلك منهما وإن ولدتا معاً لم يكن ذلك ولداً، فلذلك لم تطلق واحدة منهما بولادتها ولا بولادتهما. وذهب أبو إبراهيم المزني ومحمد بن الحسن إلى أن تعليق الطلاق بهما صحيح والمراد به ولادة كل واحدة منهما، فإذا ولدت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن ولدتا معاً طلقتا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ وَبَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ وَقَعَتِ اثْنَتَانِ فِي أَيِّ الحَالَيْنِ كَانَتْ وَالأُخْرَى إِذَا صَارَتْ فِي الحَالِ الأُخْرَى قُلْتُ أَنَا أَشْبَهُ بِمَذْهَبِهِ عِنْدِي أَنَّ قَوْلَهُ بَعْضُهُنَّ يَحْتَمِلُ وَاحِدَةً فَلَا يَقَعُ غَيْرُهَا أَوْ اثْنَتَيْنِ فَلَا يَقَعُ غَيْرَهُمَا أَوْ مِنْ كُلٍّ وَاحِدَةٍ فَيَقَعُ بِذَلِكَ ثَلَاثٌ فَلَمَّا كَانَ الشَّكُّ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ مَا أَرَادَ بِبَعْضِهِنَّ فِي الْحَالِ الأُوَلى إِلَّا وَاحِدَةً وَبَعْضُهُنَّ البَاقِي فِي الحَالِ الثَّانِية فَالأَقَلُّ يَقِينٌ وَمَا زَادَ شَكٌّ وَهُوَ لَا يَسْتَعْمِلُ الحُكْمَ بِالشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته؛ أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فالبعض اسم مبهم يجوز أن يطلق على أقل الثلاث وعلى أكثرها، وعلى العدد الصحيح منها والمكسور. فإذا جعل بعض الثلاث للسنة وبعضها للبدعة لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقدر بلفظه.

والثالث: أن يقدر بنيته، فإن أطلق ولم يقدر بلفظه ولا بنيته اقتضى إطلاق التسوية بين البعض وإن لا يفضل أحدهما على الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين كانت بينهما من غير تفضيل، لأنه ليس تفضيل أحدهما بالزيادة بأولى من تفضيل الآخر. فلذلك وجب التسوية بينهما. وأن يكون كل واحد من البعضين طلقة ونصفاً، فيجعل البعض الواقع في الحال طلقة ونصفاً. والطلاق لا يتبعض بل يكمل فوجب أن يقع في الحال طلقتان، فإن كانت الحال الأولى حال السنة، كانت الطلقتان للسنة، ووقعت

الثالثة للبدعة. وإن كانت الحال الأولى حال البدعة كانت الطلقتان للبدعة، والطلقة الثالثة للسنة. وقال المزني: إطلاق التبعيض يقتضي تعجيل أقلهما، فلا يقع في الحال الأولى إلا واحدة؛ لأن ذلك يقين والزيادة شك. وإذا اقترن بيقين الطلاق شك لم يعمل إلا على اليقين دون الشك وهذا خطأ؛ لأن التسوية بين البعضين في الإطلاق أولى من التفضيل لما ذكرنا، وإن قدر كل واحد من البعضين بلفظ، حمل على ما قدره بلفظه، سواء عجل الأكثر فأوقع في الحال الأولى طلقتين، وفي الحال الأخرى طلقة أو عجل الأقل فأوقع في الحال الأولى طلقة وفي الحال الأخرى طلقتين أو سوى بين الحالين فأوقع في الأولى طلقتين وفي الأخرى طلقة؛ لأن التقدير ملفوظ به كالطلاق فوجب أن يعمل عليه، وإن قدر كل واحد من البعضين بنيته نظر فإن نوىٰ بأعجل البعضين أكثرهما أو التسوية بينهما عمل على نيته فوقع في الحال الأولى طلقتان، وفي الحال الثانية طلقة. وإن نوى بأعجل البعضين أقلهما، وهو أن يقع في الحال الأولى واحدة وفي الحال الثانية طلقتان ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه يقبل منه في الظاهر والباطن. ولا يقع في الحال الأولى إلا واحدة ويقع في الحال الأخرى طلقتان كما لو قدره بلفظه.

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا: أنه لايقبل منه في الظاهر ويلزمه في الحال طلقتان في ظاهر الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال: أنت طالق ثم قال بوقت إلى شهر وهذا خطأ والفرق بينهما أن البعض حقيقة وليس كذلك إطلاق الطلاق، إذا نوى أن يكون إلى شهر؛ لأن حقيقته تعجيل الطلاق فجاز أن لا يحمل في الظاهر على نيته، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَعْدَلَ أَوْ أَحْسَنَ أَوْ أَكْمَلَ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ الطَّلَاقُ لِلسُّنَّةِ».

قال الماوردي: إذا قال: أنت طالق أعدل الطلاق أو أكمل الطلاق أو أفضل الطلاق أو أحسن الطلاق أو أهنأه أو أسراه أو أسوأه أو أنهاه أو قال: شبه ذلك من صفات الحمد لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون له فيه نية أو لانية له فيه، فإن لم يكن له فيه نية وجب حمله على طلاق السنة، لأنه الأعدل الأفضل الأجمل الأكمل سواء تغلظ ذلك عليه بالتعجيل أو تخفف بالتأجيل، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال طلاق السنة. وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى إذا طهرت طلقت حينئذ للسنة وإن كانت له نية فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون نيته موافقة لظاهر لفظه وهو أن ينوي طلاق السنة فيحمل على ما نوى من طلاق السنة وتكون النية تأكيداً للظاهر؛ لأنه إذا حمل على طلاق السنة في غير نية كان أولى أن يحمل عليه مع النية.

والضرب الثاني: أن تكون نيته مخالفة لظاهر لفظه، وهو أن يريد به طلاق البدعة لأنه اعتقد أن الأعدل مع قبح طريقها، والأجمل بسوء خلقها، أن يطلق للبدعة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك أغلظ حاليه بأن تكون حائضاً أو مجامعة فيحمل على طلاق البدعة، ويقع الطلاق في الحال؛ لأنه أغلظ.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك أخف حاليه بأن تكون في الحال طاهراً غير مجامعة، دين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهل تقبل منه في ظاهر الحكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل منهفي ظاهر الحكم، ولا يلزمه وقوع الطلاق إلا إذا صارت إلى حال البدعة، لأن ما ذكره من التأويل قد يحتمل أن يعدل بظاهر اللفظ إليه ثم لا يلزمه في ذلك إلا طلقة واحدة ما لم يرد أكثر منها.

فإن قيل فهلا إذا قال: أنت طالق أكمل الطلاق يلزمه الثلاث لأنها أكمل الطلاق قيل: الثلاث هي أكمل الطلاق عدداً وقد يجوز أن يريد أكمل الطلاق صفة وحكماً، فلم يجز أن يحمل على كمال العدد دون الصفة إلا بنية؛ لأن الثلاث زيادة فلم تقع إلا باليمين ولكن لو قال أنت طالق أكثر الطلاق وقع ثلاثاً؛ لأن الكثرة لا تكون إلَّا في العدد، دون الصفة، ولو قال: أنت طالق أكثر الطلاق كان واحدة ولم يكن ثلاثاً إلا بالنية؛ لأنه الأكثر قد يعود إلى الصفة كما يعود إلى العدد، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَقْبَحَ أَو أَسْمَجَ أَوْ افْحَشَ أَوْ ما أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ لِلْبِدْعَةِ».

قال الماوردي: وهذا نصه ما تقدم من صفة الطلاق بصفات الحمد فإذا قال لها: أنت طالق أقبح الطلاق أو أسمج الطلاق أو أفحش الطلاق أو أردأه أو أنداه أو أضره أو أنكره أو أمرُّه. أو ما أشبه ذلك من صفات الذم، فإن لم تكن له نية حمل على طلاق البدعة، لأنه الأسمج، الأقبح الأضر الأمر. وإن كانت له نية نظر فيها فإن وافقت ظاهر لفظه، أن يريد به طلاق البدعة حمل عليها، وكان عشرتها هو الأسمج الأقبح، فإن كان ذلك أغلظ حاليه وأعجلهما عمل عليه وقل قوله فيه، وإن كان أخف حاليه وأبعدهما دين فيه، وفي قبوله منه في الحكم وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه اعتباراً بظاهر اللفظ.

والثاني: يقبل منه لاحتمال ما ذكرنا من التأويل.

فصل: ولو قال: أنت طالق أشد الطلاق ولم يكن له نية طلقت في الحال من غير مراعاة سنة ولا بدعة، لأن أشد الطلاق تعجيله وتكون رجعية، وكذلك لو قال أنت طالق أطول الطلاق أو أعرض الطلاق أو أقصر الطلاق كانت واحدة رجعية؛ لأن الطلاق لا طول له ولا عرض.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق أكبر الطلاق أو أطول الطلاق أو أعرض الطلاق أو أشد الطلاق طلقت طلقة واحدة بائنة. ووافق في الأقصر والأصغر أنها تكون رجعية. وعندنا لا تكون الواحدة بائنة بحال إلا في غير المدخول بها. والكلام معه يأتي.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً حَسَنَةً قَبِيحَةً أَوْ جَمِيلَةً فَاحِشَةً طُلِّقَتْ حِينَ تَكَلَّمَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قصد الطلاق بصفتين مختلفتين فقال: أنت طالق واحدة حسنة قبيحة، أو جميلة فاحشة، أو ضارة نافعة، أو سنية بدعية وقع طلاقها في الحال، سواء كانت في حال السنة أو في حال البدعة. واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال بعضهم وهو الظاهر من تعليل الشافعي أنه وصفها بصفتين أحدهما صفة طلاق السنة والأخرى صفة طلاق البدعة، وهي في أحد الحالتين، فوقع الطلاق عليهما بوجود إحدى الصفتين. وقال آخرون: بل العلة فيه أن تقابل الصفتين أوجب سقوطهما، لأجل المضادة فيهما فصارت الطلقة بسقوط الصفتين مطلقة، فوقع الطلاق بها في الحال، ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج والسر، وقع الطلاق عليها في الحال، لأن طلاق الحرج هو طلاق البدعة فصار واصفاً لها بصفتين متضادتين فيقع بها الطلاق معجلاً على ما ذكرنا من اختلاف العلتين فلو قال: أردت بالحرج طلاق الثلاث وبالسنة أن يكون في كل طهر واحدة، فهذا يحتمل ظاهر كلامه أيضاً. وهو أغلظ عليه من الواحدة المعجلة فتقع ظاهراً وباطناً على ما نوى.

ولو قال: أنت طالق ملىء مكة أو ملىء الحجاز أو ملىء الدنيا، طلقت واحدة لم يرد أكثر منها. لأن الطلاق لا يشمل محلاً، فيقع في مكان دون مكان. ويكون معنى قوله: ملىء الدنيا أي يظهر ذكرها في الدنيا، وقد ظهر فيها ذكر الواحدة كظهور الثلاث.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ لِلسُّنَّةِ فَقَدِمَ فُلَانٌ فَهِيَ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ».

قال الماوردي: لأنه علق بطلاقها بشرط وصفة، فالشرط قدوم زيد والصفة أن يكون طلاق السنة فوجب أن تعتبر الصفة بعد وجود الشرط فلا طلاق قبل قدوم زيد، فإذا قدم فقد وجد الشرط فوجب مراعاة الصفة فإن كانت عند قدوم زيد في طهر لم تجامع فيه، طلقت حال قدومه لوجود الشرط والصفة معاً، وإن كانت حائضاً أو في طهر قد جومعت فيه، لم تطلق بوجود الشرط لعدم الصفة حتى إذا صارت في طهر لا جماع فيه، طلقت بحدوث الصفة بعد وجود الشرط ولا يعتبر اجتماع الصفة والشرط. ولكن لو قال: إذا قدم فلان وأنت من ذوات السنة فأنت طالق، لم تطلق إلا بقدوم فلان وهي في ظهر لا جماع فيه، لأنه قد جعل الصفة شرطاً، وجعل طلاقها معلقاً باجتماع شرطين، فلم تطلق بوجود أحدهما ولا بانفرادهما.

ولو قال: إذا قدم زيد فأنت طالق، ولم يعلقه بسنة ولا بدعة، طلقت بقدومه طاهراً كانت أو حائضاً. لكن إن كانت طاهراً فهو طلاق سنة، وإن كانت حائضاً فهو طلاق بدعة، غير أنه لا يأثم به، لأنه لم يقصده.

ألا ترى أن متعمد وطىء الشبهة آثم، ومن لم يتعمده غير آثم، وإذا لم يأثم لم يندب إلى الرجعة كالإثم، لأن المقصود بالرجعة قطع الإثم، ولا فرق بين قوله: أنت طالق إذا قدم زيد وبين قوله إن قدم زيد، أنها لا تطلق إلا بقدوم زيد، لأنهما جميعاً حرفا شرط. ولكن لو قال: أنت طالق إذا قدم زيد، وأنت طالق أن قدم بفتح الألف طلقت مكانها، لأنهما حرفا جزاء عن ماض سواء كان زيد قد قدم أم لا؟ لأنه إن لم يقدم بطل الجزاء وثبت الحكم.

فصل: ولو قال: أنت طالق للسنة إذ جاء يوم الجمعة، فيوم الجمعة شرط وطلاق السنة صفة فإن جاء يوم الجمعة وهي في طهر لا جماع فيه طلقت، وإن كانت في يوم الجمعة حائضاً فإذا طهرت طلقت، ولو كان قال لها: أنت طالق للسنة في يوم الجمعة فإن كانت فيه طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً فيه لم تطلق إذا طهرت، لأنه جعل وقوع طلاقها على هذه الصفة في يوم الجمعة شرطاً، فلم يقع في غيره. ولم يجعله في المسألة الأولى شرطاً فجاز أن يقع في غيره فلذلك افترقا.

فصل: ولو قال لصغيرة أو حامل أو غير مدخول بها: إذا قدم زيد فأنت طالق للسنة. فإن قدم زيد قبل بلوغ لصغيرة ووضع الحامل، ووطء غير المدخول بها

طلقت في الحال، لأنه لا سنة في طلاقهن ولا بدعة. وإن قدم زيد بعد حيض الصغيرة، ووضع الحامل، ووطء غير المدخول بها، روعي فيهن طلاق السنة اعتباراً بحال الشرط لا وقت العقد، فإن كن في طهر طلقن، وإن كن في حيض لم يطلقن فيه حتى إذا طهرن طلقن والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِفُلَانٍ طُلِّقَتْ مَكَانَهُ».

قال الماوردي: أما إذا قال: أنت طالق لفلان فهي طالق في الحال، لأن معناه لأجل فلان، وأما إذا قال: أنت طالق لرضى فلان، فقد ذهب قوم إلى أن رضى فلان شرط في وقوع الطلاق، وهذا خطأ بل الطلاق واقع في الحال، لأن معناه أنك طالق لرضى فلان كقوله لعبده: أنت حر لرضى الله، أو لوجه الله، فإنه يعتق ولا يكون شرطاً، لأن معناه لرضى الله، فإن قال: أردت بقولي لرضى فلان الشرط وأن معناه إن رضي فلان فلا تطلق إن لم يرض فلان دين فيما بينه وبين الله تعالى، فلم يقع إلا أن يرضى فلان. فأما الظاهر ففيه وجهان:

أحدهما: يقع الطلاق في الظاهر معجلاً اعتباراً بحكم الظاهر في الجزاء.

والوجه الثاني: لا يقع في الظاهر إلا على ما نوى، إذ رضي فلان اعتباراً باحتمال الكلام في كونه شرطاً.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن رضي زيد وإذا رضي زيد، صار الرضى شرطاً في وقوع الطلاق، لأن إذا وإن من حروف الشرط المستقبلة، فإن رضي زيد وقع الطلاق، وإن لم يرض لم يقع، لكن الرضى في قوله: إن رضي على الفور فإن تراخى الرضى لم يصح، وفي قوله إذا رضي على التراخي، فلو رضي ولو بعد طول زمان صح، لما ذكرنا قبل من الفرق بين إن وإذا. وأما رضى زيد فلا يعرف إلا بقوله قد رضيت من غير أن يعتبر أمارات فعله كالمشيئة، لكن إن كان زيد صادقاً في رضاه وقع الطلاق في ظاهر الحكم. وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى على وجهين:

أحدهما: يدين اعتباراً بحقيقة الرضى به بالقلب.

والوجه الثاني: لا يدين اعتباراً بالقول الذي لا يتحقق ما سواه. وكذلك لو قال: أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد: قد شئت كاذباً كان الطلاق واقعاً في الحكم. وهل يدين فيه أم لا؟ على وجهين، فأما إذا قال: أنت طالق إذا رضي زيداً وأن رضي زيد بفتح الألف طلقت من غير اعتبار الرضى لأنهما حرفا جزاء عن ماض.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن رضي زيد وكان زيد صغيراً فرضي في صغره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا حكم لرضاه، لأنه بالصغر خارج من أن يكون من أهل الرضا، فعلى هذا لا تطلق برضاه في صغره، من غير أهل الرضى، ولا تطلق برضاه في كبره لتراخي الرضى.

والوجه الثاني: وهو ضعيف أنها تطلق بقوله في صغره: قد رضيت تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن شاء زيد وكان زيد صغيراً فقال: قد شئت كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين، وهكذا لو قال لها وهي صغيرة أنت طالق إن شئت فقالت: قد شئت. كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين. ولكن لو قال للبالغ وهي سكرى من شراب محرم، أنت طالق إن شئت فشاءت في سكرها طلقت لأن السكران في حكم الصاحي، ولو قال لها وهي صغيرة: أنت طالق إن دخلت الدار، فطلقت وجهاً واحداً كما لو علق ذلك بدخول من لا قصد له من حمار أو بهيمة طلقت.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت إن شئت. فقال الزوج: قد شئت ففيه وجهان:

أحدهما: أن الطلاق واقع لحصول مشيئتها بمشيئة الزوج.

والوجه الثاني: وهو أولاهما ـ أن الطلاق لا يقع لأمرين:

أحدهما: أن تعليق الطلاق بمشيئتها يقتضي وجود مشيئة مطلقة، وهي علقت مشيئتها بمشيئة الزوج فكانت منه غير مطلقة.

والثاني: أن تعليق المشيئة بالصفة لا يجوز، لأنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت إن قام زيد لم يصح، كذلك إذا علقت مشيئتها بمشيئة الزوج.

فصل: ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثاً، فقالت: قد شئت ثلاثاً لم تطلق واحدة ولا ثلاثاً، لأنه جعل وقوع الواحدة مشروطاً بأن لا تشاء ثلاثاً، فإذا شاءت ثلاثاً عدم الشرط في الواحدة فلم تقع. فأما الثلاث فالمشيئة فيها شرط في رفع الواحدة، وليس بشرط في وقوع الثلاث والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ تَكُونِي حَامِلاً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَفَ عَنْهَا حَتَّى تَمُرَّ لَهَا دَلَالَةٌ عَلَى الْبَرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ».

قال الماوردي: أما قوله: إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فمعناه إن كنت حائلاً فأنت طالق، فلا يخلو إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإذا نفاه عن أحدهما تعلق بالآخر. وإذا كان كذلك فالظاهر عند اشتباه حالها أنها حائل، فيحرم عليه وطئها، لأن الظاهر وقوع الطلاق عليها، وعليه أن يستبرئها بعدة حرة، ثلاثة أقراء هي أطهار.

وسواء كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه أم لا، لأن هذا استبراء طلاق في الظاهر، فلم يجز أن يعتد به قبل زمان وقوعه. وإذا كان كذلك لم يخل حالها عند انقضاء الأقراء من أن تكون مستبرئة أو غير مستبرئة. فإن كانت غير مستبرئة بانت بالظاهر، وهل تحل للأزواج قبل أن تمضي مدة أكثر الحمل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها قد حلت في الظاهر للأزواج وإن جاز في الممكن أن يكون بها حمل، كما تحل التي نجز طلاقها إذا اعتدت بثلاثة أقراء وإن أمكن أن يكون بها حمل.

والوجه الثاني: أنها محرمة على الأزواج حتى تمضي مدة أكثر الحمل وهي أربع سنين فتبين وقوع الطلاق عليها بيقين، كونها حائلاً وقت عقد طلاقها، والفرق بين هذه وبين التي نجز طلاقها فأمكن بعد الأقراء الثلاثة أن تكون حاملاً فلا تحرم على الأزواج بهذا التوهم الممكن، وتحرم في مسألتنا بهذا التوهم الممكن، أن التوهم في هذه المسألة يوقع شكاً في وقوع الطلاق، فجاز أن تحرم على الأزواج، والتوهم في الطلاق الناجز لا يوقع شكاً في وقوع الطلاق، وإنما يوقعه في العدة مع انقضائها بحكم الشرع في الظاهر، فجاز أن لا تحرم على الأزواج.

فصل: وإن كانت عند انقضاء الثلاثة أقراء مستبرئة بأن ظهر منها أمارات الحمل وشواهده، ففي استباحة وطئها بهذه الأمارات وجهان يخرجان من اختلاف قوليه، في نفقة الحامل المعتدة:

أحدهما: يستبيح وطئها بأمارات الحمل اعتباراً بالظاهر وتغليباً لحكمه.

والوجه الثاني: أنه لا يستبيح وطئها وهو على تحريمه لجواز أن يكون غلظاً وريحاً ولا يكون حملاً صحيحاً.

والوطء المحظور لا يجوز أن يستباح بالشك، فعلى هذا لها حالتان:

إحداهما: أن لا تضع حملاً، فالطلاق قد وقع من وقت العقد، والعدة قد انقضت بالأقراء الثلاثة من بعد العقد، فإن كان وطئها فهو وطء شبهة، تعتد منه ثلاثة أقراء لا يملك فيها رجعة.

والحال الثانية: أن تضع ولداً فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من عقد الطلاق فلا طلاق عليه لعلمنا بكونها حاملاً عند عقده، لأن الحمل لا يكون أقل من سنة.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين، فالطلاق واقع والعدة منقضية بالأقراء الثلاثة، لأن الحمل لا يجوز أن يستديم أكثر من أربع سنين فيتعين بذلك أنها

كانت عند عقد الطلاق حاملاً فإن كان وطئها قبل الحمل، اعتدت بثلاثة أقراء، لأنه وطء شبهة.

والقسم الثالث: أن تضعه ما بين ستة أشهر وأربع سنين، فللزوج حالتان إحداهما أن لا يكون قد وطئها في هذه المدة فيحكم لحملها بالتقدم، ووجوده عند عقد الطلاق فلا يقع الطلاق

والحال الثانية: أن يكون الزوج قد وطئها، فينظر في وضع الحمل، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد فهو حمل متقدم وقت العقد فلا يقع الطلاق، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من الوطء والعقد جميعاً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها تطلق تغليباً لحكم حدوثه لا بناءً على يقين منه، وفي شك في تقدمه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لا تطلق لجواز تقدمه، وتغليباً لحكم اليقين في بقاء نكاحه وإسقاطاً للشك في وقوع الطلاق والله أعلم.

فصل: فأما إذا عكس مسألة الكتاب فقال: إن كنت حائلاً فأنت طالق فهو ممنوع من وطئها حتى يستبرئها لجواز أن تكون حاملاً فتطلق، وفي هذا المنع وجهان:

أحدهما: أنه منع تحريم كالمنع في قوله: إن كنت حائلاً فأنت طالق.

والوجه الثاني: أنه كراهة لا تحريم وقد أشار إليه الشافعي في «الإملاء»، والفرق بين أن يعلق طلاقها بوجود الحمل فيكون المنع لكراهة لا لتحريم وبين أن يعلقه بعدم الحمل فيكون المنع منع تحريم هو أن الأصل أن لا حمل فحرم وطئها، إذا علقه بعدمه، ولم يحرم إذا علقه بوجوده. وإذا لزم استبراؤها لوطئه لم يخل حاله من أن يكون قد استبرأها قبل عقد طلاقها، أو لم يستبرأها. فإن لم يكن قد استبرأها فعليه أن يستبرىء، وفي قدر ما يستبرىء به وجهان:

أحدهما: بثلاثة أقراء هي ثلاثة أطهار لأن استبراء الحرة لا يكون بأقل منها كالعدة.

والوجه الثاني: أنه يستبرئها بقرء واحد لأنه استبراء لاستباحة الوطء وليس باستبراء من فرقة، فجرى مجرى استبراء الأمة المشتراة والمسبية وخالف الاستبراء في المسألة المتقدمة، لأنه استبراء الفرقة، فعلى هذا هل يكون القرء طهراً أو حيضاً؟ فيه وجهان من اختلاف الوجهين في استبراء الأمة:

أحدهما: أنه الطهر.

والثاني: أنه الحيض، وإن كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه، ففي إجزائه عن استبرائه بعد عقده وجهان:

أحدهما: يجزىء، لأنه قد يعلم به براءة الرحم.

والوجه الثاني: أنه لا يجزىء، لتقدمه على سببه، كما لا يجزىء استبراء أمة قبل الشراء عن أن يستبرئها بعد الشراء، وإذا كان كذلك لم يخل حالها بعد الاستبراء من أن تظهر بها أمارات الحمل أو لا تظهر، فإن لم تظهر بها أمارات الحمل ولا استرابت بنفسها بعد زمان الاستبراء فهي على الزوجية وله وطئها، وإن ظهر بها أمارات الحمل انتظر به حال الوضع، ولا يخلو حاله إذا وضعته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت عقده فالطلاق به واقع لعلمنا بوجوده وقت العقد وقد انقضت العدة بانفصاله، وسواء كان قد وطئها ما بين عقد طلاقه ووضعه أم لا.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت عقده، فلا طلاق عليه لعلمنا أنه كان معدوماً عند عقده، والولد لاحق به، سواء كان يطأ أم لا، لأنها فراش له.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أربع سنين، فلا يخلو حال الزوج من أن يكون قد وطىء في هذه المدة أو لم يطأ، فإن لم يطأ طلقت، لعلمنا بوجوده حكماً وقت العقد، وإن وطىء فلا يخلو أن تضعه قبل ستة أشهر من وطئه، أو بعدها، فإن وضعته قبل ستة أشهر من وطئه فهو حمل متقدم عند العقد، فالطلاق واقع بوضعه منقضية، وإن وضعته بعد ستة أشهر من وطئه فقد يجوز أن يكون متقدماً، ويجوز أن يكون حادثاً، والطلاق لا يقع بالشك فلا يلزمه الطلاق وجهاً واحداً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ طُلِّقَتْ امْرَأَتُهُ الَّتِي سَأَلَتْهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ عَزَلَهَا بِنِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قالت له واحدة من نسائه طلقني إما لخصومة وتغاير بين الضرائر أو لغير ذلك فقال: نسائي طوالق. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يرسل هذا القول من غير نية في عزل واحدة منهن، فيطلقن جميعاً، السائلة وغيرها، وقال مالك: لا تطلق السائلة وتطلق من سواها، استدلالاً بأنها توجهه بالخطاب، ولو أرادها لقابلها بالمواجهة فلما عدل إلى خطاب غائب خرجت من جملتهن. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان لو قال مبتدئاً: كل نسائي طوالق، طلقت هذه الحاضرة، وإن لم تكن سائلة في الطلاق لعمومها، لدخولها في عموم اللفظ دون سببه، فلذلك قلنا: إنهن يطلقن جميعاً فقد صار مالك في هذا الموضع تاركاً لمذهبه ومذهبنا. فأما استدلاله، بأن عدوله عن المواجهة يخرجها من الخطاب، فتفسد به إذا قال مبتدئاً؛ لأنها تدخل في الطلاق ولو لم يتناولها الخطاب لم تطلق.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون له نية في عزل واحدة منهن فلا تطلق المعزولة منهن سواء كانت السائلة أو غيرها، ويطلق من سوها.

وقال أبو حنيفة: تطلق المعزولة منهن سواء في العموم كدخولها في التعيين وهذا فاسد، لأن اللفظ يصلح لجماعتهن من غير استثناء واحدة منهن كما يصح استثناء واحدة منهن، وإذا صلح لكلا الأمرين جاز أن يصرفه إلى أيهما شاء كالعموم، وفي هذا الوجه خالف التعيين، فإذا ثبت أن طلاق المعزولة لا يقع فالظاهر من كلام الشافعي أنه لا يقع ظاهراً ولا باطناً، فإن اتهمته المعزولة أحلفته وقال بعض أصحابنا: لا تطلق في الباطن، وفيما بينه وبين الله تعالى، ويطلق في ظاهر الحكم، لأن إطلاق القول يخالف تقييد النية، فدين فيه ولم يقبل في الحكم، والله أعلم بالصواب.

بَـابُ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ وَمَا لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ والطَّلَاقِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَمِنْ إِمْلَاءِ مَسَائِلِ مَالِكٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الطَّلَاقَ فِي كِتَابِهِ بِثَلَاثَةِ أَسْمَاءَ الطَّلَاقِ وَالْفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ».

قال الماوردي: أما الطلاق فلا يقع إلا بالكلام وما قام مقامه عند العجز عن الكلام. ولا يقع بمجرد النية من غير كلام، فلو نوى طلاق امرأته لم تطلق. وقال ابن سيرين ومالك في إحدى رواياته تطلق بمجردالنية حتى لو نوى طلاق امرأته طلقت، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» قال: ولأنه لما وقعت الفرقة بنية الردة، جاز أن تقع الطلاق ودليلنا ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ بنية أَنْفُسَهَا».

والنية من حديث النفس. فاقتضى أن تكون موضوعة عنه، ولأن الطلاق إزالة ملك والملك لا يزول بمجرد النية كالعتق والهبة، ولأن الطلاق أحد طرفي النكاح فلم يصح بمجرد النية كالعقد.

وأما قوله عليه السلام: «إِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فالمراد به ثواب قربه إلى فعلها، فلم يدخل فيه نية الطلاق، لم يفعل. فأما الردة فلأن ثبوت الردة توقع الفرقة والردة فتكون بمجرد الاعتقاد كالإيمان وليس كالطلاق.

فصل: فإذا صح أن الطلاق لا يقع إلا بالقول. فالألفاظ فيه تنقسم ثلاثة أقسام: قسم يكون صريحاً فيه، والصريح ما وقعت به الفرقة من غير نية، وقسم يكون كناية فيه. والكناية ما وقعت به الفرقة مع النية ولم تقع به من غير نية، وقسم لا يكون صريحاً فيه ولا كناية: وهو ما لا يقع به الفرقة سواء كانت معه نية أو لم تكن.

فأما صريح الطلاق فهو على مذهب الشافعي ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وقال أبو حنيفة: صريح الطلاق لفظة واحدة وهي الطلاق دون الفراق والسراح استدلالاً بأن كل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق، لم يكن صريحاً

في الطلاق، قياساً على قوله أنت عليَّ حرام، وقد تعارف الناس استعمال الفراق والسراح في غير الطلاق، فلم يكن صريحاً في الطلاق.

ودليلنا هو: أن كل لفظ ورد به القرآن قصد الفرقة بين الأزواج كان صريحاً فيها كالطلاق، وقد ورد القرآن بهذه الألفاظ الثلاثة. أما الطلاق فبقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وبقوله: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وغير ذلك.

وأما السراح فبقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وقال: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨]. وأما الفراق فبقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]. اعترضوا على هذه الدلالة، وهي دلالة الشافعي بخمسة أسئلة:

أحدها: أن قالوا: هذا منتقض بالفدية، قد ورد بها القرآن في الفرقة بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وليس بصريح في الطلاق فعنه جوابان:

أحدهما: أن الفدية لفظ صريح في حكمه أنه فسخ أو طلاق على أحد القولين.

والثاني: أن مقصود الفدية استباحة مالها به، بعد أن كان محظوراً قبله بقوله: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [النساء: ٢٠]. فنسخ بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والسؤال الثاني: أن قالوا: الكناية قد ورد بها القرآن في العتق بقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور: ٣٣]. والفك قد ورد به القرآن في العتق بقوله: ﴿وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٢، ١٣]. وليس الكناية والفك من صريح العتق وكذلك السراح والفراق جاز وإن ورد بهما القرآن أو لا يكون من صريح الطلاق، فعنه جوابان:

أحدهما: ليس يلزم إذا كان ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً، أن يكون ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً ولا يكون افتراقهما فيه مانعاً من أن يختص كل واحد منهما بحكمه.

والثاني: أن الكناية المراد بها العقد المكتوب بين السيد وعبده دون العتق وهي صريح فيه، وأما فك الرقبة، فلنزول ذلك سبب، وهو أن أبا الأشد ابن المحيي كان ذا قوة يُدِلّ بها فأنزل الله تعالى فيه: ﴿أَيَحْسَبُ أَن لَّنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٌ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ﴾ [البلد: ١١]. أي أنه وإن ذل بقوته فليس يقدر على اقتحام العقبة، إلا

بفك رقبة، فخرج مخرج الخبر عن صفة مقتحمها، ولم يخرج مخرج الأمر فيصير بذلك معتقاً لها.

والسؤال الثالث: أن السراح لو كان صريحاً كالطلاق، لما سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ نُزُولِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ عَنِ الثَّالِثَةِ حَتَّى بَيَّنَ فَقَالَ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ولكان السائل يعلم أنه صريح فيستغني عن السؤال.

فالجواب عنه: أن صريح الطلاق وكنايته من الأحكام الشرعية التي تخفى عن أهل اللغة فسأله ليعلم صريح الشرع دون اللغة، وذلك مما لا يستغني عنه أحد.

والسؤال الرابع: أن الطلاق إنما كان صريحاً، لأن القرآن ورد به، ولكن لأنه لا يستعمل في غير الفرقة، لذلك صار صريحاً، والفراق والسراح قد يستعملان في غير الفرقة فكانا كناية.

قيل: قد يستعمل الطلاق في غير الفرقة، فيقال: فلان قد طلق الدنيا، إذا زهد فيها وطلقت فلاناً من وثاقه، وقد داعب الشافعي بعض إخوانه فقال.

اذهب حصين فإن ودك طالق مني وليس طلاق ذات البين

فما أنكر ذلك حد من أهل اللغة، فلما لم يمنع من استعمال الطلاق في غيره أن يكون صريحاً فيه، كذلك الفراق والسراح.

والسؤال الخامس: أن الطلاق كان صريحاً لكثرة استعماله، والفراق والسراح يقل استعمالهما فكانا كناية، قيل: الصريح حكم شرعي فاقتضى أن يراعى فيه عرف الشرع لا عرف الاستعمال، وهما في عرف الشرع كالطلاق، وإن خالفاه في عرف الاستعمال. وقياس ثان: وهو أن إزالة الملك إذا سرى لم يقف صريحه على لفظ واحد كالعتق. وقياس ثالث: وهو أن الطلاق أحد طرفي النكاح، فوجب أن يزيد صريحه على لفظه واحدة كالعقد، وقياس رابع: وهو أن كل لفظ لا يفتقر في الطلاق عند الغضب والطلب إلى نية الطلاق كان صريحاً فيه كالطلاق، وقياس خامس: أنه أحد نوعي الطلاق فلم يقف على لفظة واحدة، كالكناية لأن الطلاق صريح وكناية.

فأما الجواب عن قياسهم فقد مضى في أجوبة الأسئلة ثم المعنى في الأصل أنه لم يرد به القرآن والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ أَوْ فَارَقْتُكِ أَوْ سَرَّحْتُكِ لَزِمَهُ».

قال الماوردي: إذا ثبت ما دللنا عليه، أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ، الطلاق

والفراق والسراح، فإذا قال لها: أنت طالق أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة، أو يا مطلقة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها: أنت مطلقة، لم يكن صريحاً، لأنه إخبار، وإذا قال لها يا مطلقة لم يكن صريحاً، لأنه نداء، وهذا خطأ، لأن إخبارها ونداءها إنما يكون بحكم قد استقر عليها، ولو لم يستقر لما صح أن يكون نداء ولا خبراً، ولأن قوله أنت طالق إخبار، وهو صريح، فكذلك قوله: «أنت مطلقة»، فإذا صح أن يكون النداء صريحاً وهكذا لو قال لها: أنت مفارقة أو قد فارقتك، أو يا مفارقة، كان صريحاً في وقوع الطلاق عليها، وهكذا لو قال: أنت مسرحة أو قد سرحتك، أو يا مسرحة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق عليها.

فصل: لو قال لها: أنت طالق يا مطلقة صار هذا النداء بعد تقديم الطلاق محتملاً فيرجع فيه إلى إرادته، لزيادة طلاق، أو لنداء من وقع عليها الطلاق، وكذلك نظائر هذا.

فصل: وإذا قال لها: أنت الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: أنه صريح يقع بغير نية اعتباراً باللفظ.

والوجه الثاني: يكون كناية، لأنها تكون مطلقة، ولا يكون طلاقاً.

فصل: وإذا قال لها رجل طلقت امرأتك هذه فقال: نعم، فقد اختلف أصحابنا هل يكون صريحاً في وقوع الطلاق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر: أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته كمايكون الإقرار عند سؤال الحاكم صريحاً.

والوجه الثاني: أن يكون كناية يرجع فيه إلى إرادته، لأن ظاهره إخبار عن سؤال.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَمْ يَنْوِ فِي الْحُكْمِ وَيَنْوِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ طَلاَقاً مِنْ وَثَاقٍ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ يُرِيدُ حُرَّ النَّفْسِ وَلاَ يَسَعُ امْرَأَتَهُ وَعَبْدَهُ أَنْ يَقْبَلاَ مِنْهُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من تلفظ بصريح الطلاق من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقصد اللفظ وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق إجماعاً، إذا كان المتلفظ من أهل الطلاق.

والقسم الثاني: أن يقصد اللفظ ولا ينوي الفرقة، فيقع به الطلاق، لأن الصريح لا يفتقر إلى نية وهو قول جمهور الفقهاء، وقال داود: لا يقع به الطلاق إلا مع النية استدلالاً بقول النبيّ ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» وهذا خطأ. لقول النبيّ ﷺ: «ثَلَاثٌ جُدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ. النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ».

ولأن الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق أخرى. فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها، ولأنه لما ام يفتقر صريح العتق إلى النية، لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية ولأنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية، فلو افتقر الصريح إلى النية، لصار جميعه كناية، وإذا كان كذلك فقد وقع الطلاق مع عدم النية ظاهراً وباطناً.

والقسم الثالث: أن يبعد اللفظ ويريد به طلاقاً من وثاق، أو فراقاً إلى سفر، أو تسريحاً إلى أهل، فيلزمه الطلاق في ظاهر الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن. وقال أبو حنيفة: يلزمه الطلاق في الظاهر والباطن، ولا يدين كما لا يدين إذا تلفظ بالطلاق، ويريد به غير الطلاق.

ودليلنا: قول النبيّ ﷺ: «لَا تُحَاسِبُوا الْعَبْدَ حِسَابَ الرَّبِّ»[1] أي لا تحاسبوه إلا على الظاهر دون الباطن، وإن كان الله تعالى يحاسب على الظاهر والباطن. وقال النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ»[2]، ولأن اللفظ يحتمل ما نوى، لأنه لو صرح به لكان محمولاً عليه فاقتضى إذا نواه أن يكون مديناً فيه، لأنه أحد احتماليه وليس كذلك إذا أوقع الطلاق مريداً به غير الطلاق، لأنه يسلب اللفظ حكمه الذي لا يحتمل غيره.

والقسم الرابع: أن لا يقصد اللفظ ولا يريد به الفرقة وإنما يسبق لسانه غلطاً أو دهشاً أو كان أعجمياً [لا يعرف لفظ الطلاق ولا حكمه] فالطلاق لازم له في ظاهر الحكم وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يلزمه في الباطن.

فصل: وأما زوجة المدين في طلاقه، إذا ألزم الطلاق في الظاهر دون الباطن، فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام: إما أن تعلم صدقه فيما دين فيه فيسعها فيما بينها وبين الله تعالى أن تقيم معه وتمكنه من نفسها، ولا يكره لها، ويجب على الزوج نفقتها، ويحرم عليها النشوز عنه، فإن نشزت لم يجبرها الحاكم، وإن أثمت لوقوع طلاقه في

---

(١) لم أجده في مظانه.

(٢) تقدم.

الظاهر، واختلف أصحابنا في الحاكم إذا رآهما على الاجتماع، هل يلزمه التفرقة بينهما أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه بحكم الظاهر الفرقة.

والوجه الثاني: لا يلزمه لأن ما هما عليه من الاجتماع، يجوز إباحته في الشرع، فلو فرق الحاكم بينهما ففي تحريمها عليه في الباطن وجهان من اختلاف الوجهين في وجوب حكمه بالفرقة.

والقسم الثاني: أن تعلم الزوجة كذبه فيما دين فيه، فعليها الهرب منه، ولا يسعها في حكم الظاهر والباطن أن تمكنه من نفسها، وإن جوزنا للزوج أن يستمتع بها، وإن سألت الحاكم أن يحكم بينهما بالفرقة لزمه الحكم بها، ويجوز لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج بغيره ويجوز لمن خطبته أن يتزوجها إن لم يصدق الزوج فيما دين فيه، فإن علم صدقة لم يجز أن يتزوجها إن لم يحكم الحاكم بينهما بالفرقة.

وفي جواز تزويجه بها بعد الحكم بالفرقة وجهان.

والقسم الثالث: أن لا تعلم الزوجة صدقة فيما دين فيه ولا كذبه فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه، وفي تحريمه فيما بينها وبين الله تعالى وجهان:

أحدهما: لا تحرم عليها في الباطن تغليباً لبقاء النكاح، فعلى هذا تكون في حكم القسم الأول.

والقسم الثاني: يحرم عليها في الباطن تغليباً لوقوع الطلاق في الظاهر، فعلى هذا يكون في حكم القسم الثاني. فلو ادعى عليه تصديقه فيما دين فيه وأنكرته، ففي وجوب إحلافها عليه وجهان بناء على ما مضى والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَسَوَاءٌ كانَ ذَلِكَ عِنْدَ غَضَبٍ أَوْ مَسْأَلَةِ طَلَاقٍ أَوْ رِضاً وَقَدْ يَكُونُ السَّبَبُ وَيَحْدُثُ كَلَامٌ عَلَى غَيْرِ السَّبَبِ».

قال الماوردي: أما صريح الطلاق، فيستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء وهذا متفق عليه. وأما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى سواء.

وعند مسألة الطلاق وفي الابتداء أنه لا يقع إلا بنيته وإرادته.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن لم يقترن بالكنايات سبب، من غضب أو طلب علم يقع بها الطلاق إلا مع النية، وإن قارنها سبب من طلب أو غضب فعند مالك يقع الطلاق بجميعها من غير نية، وعند أبي حنيفة: يقع الطلاق بستة ألفاظ منها بغير نية،

وهي قوله: أنت خلية أو برية أو بتة، أو بائن أو حرام أو أمرك بيدك، ولا يقع بغيرها من الكنايات إلا مع النية، على ما سنذكره في موضعه، استدلالاً بأن دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه إلى غيره، وتخصه بحكم دون حكم، استشهاداً بأن الخلع لو اقترن به العوض كان صحيحاً، ولو تجرد عن العوض كان كناية، فاختلف حكمه بالقرينة، كذلك سائر الكنايات، ولأنه لما كان جزاء الشرط مقصوراً عليه، وجب أن يكون الحكم عن سبب محمولاً عليه.

قال: ولأنه لفظ من ألفاظ الطلاق، ورد على طلب الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً كالفراق والسراح.

ودليلنا ما روي «أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِيزِيد طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، وَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ لَهُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي أَلْبَتَّةَ، فَقَالَ لَهُ: مَا أَرَدْتَ بِهَا، فَقَالَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: أَللَّه إِنَّكَ مَا أَرَدْتَ إِلاَّ وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً».

فرجع فيه إلى إرادته، ولو اختلف حكمه بالسبب، أو عند الغضب والطلب، لسأله عنه ولبينه له. ولأن الأحكام لا تختلف بالغضب والرضى كسائر الأحكام، ولأن الكناية أحد نوعي الطلاق فلم تختلف بالرضى والغضب كالصريح، ولأنها كناية لم تقترن بنية الطلاق، فلم يكن طلاقاً كالرضى وعدم الطلب.

فأما الاستدلال: بأن دلالة الحال، تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه، فقد قال الشافعي: إن الأسباب متقدمة والأيمان بعدها محدثة، وقد يخرج على مثالها وعلى خلافها، فأخذته لمخرج يمينه، فإذا كان لفظه عاماً، لم أعتبر بخصوص السبب. وإذا كان لفظه خاصاً لم أعتبر بعموم السبب ويرجع عن نية الطلاق في حال الغضب وفي استشهاده كلام مضى، في موضعه يمنع به من صحة الاستشهاد.

وأما قياسهم على الفراق والسرح فلأنهما صريحان في الرضى والغضب كـ«الطلاق».

وأما الشرط والجزاء مخالف للحكم والسبب لأمرين:

أحدهما: اتصال الشرط وانفصال السبب.

والثاني: أن الشرط منطوق به فلم يدخله احتمال، والسبب غير منطوق به، فدخله الاحتمال والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: فَإِن قَالَ قَدْ فَارَقْتُك سَائِراً إِلَى المَسْجِدِ أَوْ سَرَّحْتُك إِلَى أَهْلِك أَوْ قَدْ طَلَّقْتُك مِنْ وَثَاقِكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً فَإِنْ قِيلَ قَدْ يَكُونُ هَذَا طَلَاقاً تَقَدَّمَ فَأَتْبَعَهُ كَلَاماً يَخْرُجُ بِهِ مِنْهُ قِيلَ قَدْ يَقُولُ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَيَكُونُ مُؤْمِناً يُبَيِّنُ آخِرَ الْكَلَامِ عَنْ أَوَّلِهِ وَلَوْ أَفْرَدَ «لَا إِلَهَ» كَانَ كَافِراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قيد بصريح الطلاق بما يغلب حكم الصريح، مثل أن يقول: قد طلقتك من وثاقك وفارقتك إلى المسجد، وسرحتك إلى أهلك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك فاصلاً بين قوله: طلقتك، وبين قوله من وثاقك، فقد استقر حكم الطلاق في الوقوع بإمساكه على قوله قد طلقتك ولا يؤثر فيه، ما استأنفه بعد الإمساك من قوله من وثاقك ولظهر أول الكلام مربوطاً بآخره كما لا يؤثر الاستثناء بمشيئة الله ويبين العدد بعد انقطاع الكلام.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك متصلاً، لا يفصل بين قوله: طلقتك وبين قوله: من وثاقك فيصير أول الكلام مربوطاً بآخره، فيخرج أوله من الصريح، بما اتصل فيه وفي آخر. كما لو اتصل بالكلام استثناء، صار حكم أوله محمولاً على الاستثناء بآخره. فإن قيل: فقد قدح صريح الطلاق بقوله: قد طلقتك، وقد يجوز أن يتعقبه ندم، فيصله بقوله من وثاقك، قيل لا معنى لهذا التوهم لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه، ألا ترى لو قال: لا إله إلا الله، كان موحداً بالإيمان، وإن كان أوله نفياً وآخره إثباتاً، وليس لقائل أن يقول: قد كفر بقوله لا إله ثم خاف فاستدرك بقوله لا إله، فينبغي أن يحكم بكفره، ولا يحكم بإيمانه، وإذا كان كذلك، صار اللفظ الصريح بما اتصل به من القرينة، كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع به إن لم ينوه.

فصل: وإذا قال الرجل لامرأته: أنا طالق منك، كان كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع إن لم ينوه، وكذلك لو جعل إليها طلاق نفسها، فقالت: أنت طالق مني كان كناية، يقع بها الطلاق، إن نوته، ولا يقع إن لم تنوه، وقال أبو حنيفة: لا يقع بهما الطلاق إلا إذا قال الزوج: أنا طالق منك، ولا إذا قالت الزوجة: أنت طالق مني،

ولو قال الزوج: أنا بائن منك، أو أنا حرام عليك، قال أبو حنيفة: يقع به الطلاق إن نواه، واستدل أبو حنيفة على ما خالفنا فيه بأن رجلاً جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت زوجها، فسأل عبد الله بن عباس عن ذلك، فقال: خطأ الله نؤها، هلا طلقت نفسها، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك: ولأنه لما اختص اسم الطلاق بالزوجة دون

الزوج، فقيل لها: إنها طالق، ولم يقل للزوج: إنه طالق، وجب أن يختص حكم الطلاق بالزوجة دون الزوح، فتقع الفرقة بالطلاق عليها ولا تقع بالطلاق عليه، لأن ثبوت الحكم يقتضي ثبوت الاسم، وانتفاء الاسم يقتضي انتفاء الحكم كما أن انتفاء اسم الزوجية يوجب انتفاء حكمها وثبوت اسمها يوجب ثبوت حكمها، قال: ولأن الزوج لو كان محلاً لوقوع الطلاق عليه، لكان صريح الطلاق فيه صريحاً، ولكان حكمه به متعلقاً فلما انتفى عنه صريح الطلاق، ولم تجب عليه العدة من الطلاق، دل على أنه ليس بمحل للطلاق كالأجنبي، ولأن قوله لزوجته: أنا طالق منك، كقوله لعبده: أنا حر منك، فلما لم يكن هذا عتقاً، لم يكن هذا طلاقاً، قال: ولأن الطلاق هو الإطلاق من الحبس، والزوجة محبوسة عن الأزواج. فجاز أن يقع عليها الطلاق والزوج غير محبوس بها عن الزوجات، لم يجز أن يقع عليه الطلاق.

ودليلنا ما روي عن عبدالله بن مسعود، سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن وقوع الطلاق على الزوج فقال عمر: كَيْفَ تَرَى أَنْتَ، فَقَالَ: أَرَى أَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَزَوْجُهَا أَحَقُّ بِهَا، فَقَالَ عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نِعْمَ مَا رَأَيْتَ، فدل ذلك على إجماعهما على أن وقوع الطلاق على الزوج كناية فيه، ولأنه أحد الزوجين، فجاز أن تقع الفرقة، بوقوع الطلاق عليه كالزوجة، ولأن ماصلح أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوجة، جاز أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوج، كالتحريم والبينونة، ولأن من صح إضافة كناية الطلاق إليه صح إضافة صريحة إليه، كالزوجة طرداً وكالأجنبية عكساً.

والاستدلال من هذا الأصل هو: أن صريح الطلاق أقوى من كنايته، فلما وقعت الفرقة بكناية الطلاق في الزوج كان وقوعها بصريحه به أولى.

فأما استدلاله بحديث ابن عباس، فقد خالف عمر وابن مسعود، وقول الاثنين أقوى من قول الواحد. وأما استدلاله بانتفاء الاسم عن الزوج أوجب انتفاء حكمه فباطل بقوله: أنا بائن منك، وحرام عليك، على أن حكم الطلاق متعلق بكل واحد من الزوجين وإن اختص أحدهما بالاسم.

وأما استدلاله بأنه لما لم يكن صريح الطلاق فيه صريحاً ولا وجب عليه العدة لم يكن محالاً له. فالجواب عنه أنه لما لم يكن في حقيقته صريحاً. لأن الصريح ما اقترن به عرف الاستعمال عندهم وعرف القرآن عندنا ولم يتناول جهة الزوج عرف الاستعمال وعرف القرآن، فكان صريحاً، وقد تناوله في جهة الزوجة عرف الاستعمال وعرف القرآن فكان صريحاً.

وأما العدة فهي الامتناع من الأزواج والزوجة ممنوعة من ذلك، في حال الزوجية

فمنعت منه بعد الزوجية والزوج غير ممنوع منه في حال الزوجية، فلم يكن ممنوعاً منه بعد الزوجية.

وأما الاستدلال بقوله لعبده: أنا حر منك، فقد اختلف أصحابنا هل يكون كناية عن عتقه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون كناية في عتقه، يعتق به إذا نواه، فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون كناية، ولا يعتق به، فعلى هذا الفرق بينهما، أن العتق إنما هو إزالة الرق، والرق يختص بالعبد دون السيد فلم يصح العتق إلا أن يتوجه اللفظ إلى العبد دون السيد، وليس كذلك الطلاق، لأنه رفع الزوجية التي قد اشترك فيها الزوجان، فجاز أن تقع الفرقة بوقوعها على الزوجين.

وأما استدلاله بأن الطلاق هو إطلاق من الحبس، وهذا مختص بالزوجة دون الزوج ففيه جوابان:

أحدهما: أن الطلاق هو الإطلاق من عقد النكاح والعقد متعلق بهما فجاز أن يكون الطلاق واقعاً عليها.

والثاني: أنه وإن كان إطلاقاً من حبس، فهو محبوس بها عن نكاح أختها، وخالتها وعمتها وعن نكاح أربع سواها، كما كانت محبوسة عن غيره فجاز أن يقع الطلاق عليه، لينطلق من حبس هذا التحريم كما وقع عليها، فانطلقت من حبس التحريم والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ بَرِيئَةٌ أَوْ بَتَّةٌ أَوْ حَرَامٌ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ فَإِنْ قَالَ قُلْتُهُ وَلَمْ أَنْوِ طَلَاقاً وَأَنْوِي بِهِ السَّاعَةَ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً حَتَّى يَبْتَدِئَهُ ونِيَّتُهُ الطَّلَاقُ وَمَا أَرَادَ مِنْ عَدَدٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ التي يخاطب بها الرجل زوجته في الطلاق تنقسم إلى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية، فأما الصريح فقد ذكرنا أنه ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، ومعنى الصريح أنه لا يفتقر في وقوعه إلى نية، وأما الكناية فهو الذي لا يقع الطلاق به إلا مع النية، وهو كل لفظ دل على المباعدة.

وقال الشافعي في كتاب «الرجعة»: كل ما يشبه الطلاق فهو كناية، والكنايات ضربان: ظاهرة وباطنة، فالظاهرة ستة ألفاظ، بتة وخلية وبرية وباين وبتلة وحرام.

والباطنة اعتدي واذهبي والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك ولا حاجة لي فيك وانكحي من شئت واستبرئي وتقنعي وقومي واخرجي وتجرعي، وذوقي وكلي واشربي واختاري وما أشبه ذلك على ما سنشرحه، وكلا الأمرين الضربين عندنا سواء، وحكم الظاهرة والباطنة عندنا واحد. فإن اقترن بالنية وقع به الطلاق وإن تجرد عنها لم يقع.

وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الطلاق الثلاث من غير نية، فإن نوى بها واحدة كانت في غير المدخول بها ما نوى، وفي المدخول بها ثلاثاً.

وقال أبو حنيفة: جميع الكنايات الظاهرة والباطنة يقع بها الطلاق، إذا قارنها أحد ثلاثة أشياء: النية أو الغضب أو طلب الطلاق، ولكن ما كان ظاهراً وقع بائناً، وما كان منها باطناً وقع رجعياً، إلا أن يريد بهما ثلاثاً فتكون ثلاثاً، ولو أراد اثنتين لم تكن إلا واحدة، ولو أراد بصريح الطلاق ثلاثاً أو اثنتين، لم تكن إلا واحدة، وله في كل لفظة مذهب يطول شرحه، لكن تقريب جملته ما ذكرناه فصار الخلاف معه في أربعة فصول:

أحدهما: أن الغضب والطلب هل يقومان في الكناية مقام النية أم لا؟.

والثاني: أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة هل يكون بائناً أم لا؟.

والثالث: إذا أراد بالكنايات اثنتين هل تكون اثنتين أم لا؟.

والرابع: أنه أراد بصريح الطلاق الثلاث هل تكون ثلاثاً أم لا؟.

فأما الفصل الأول: في الطلب والغضب فقد مضى الكلام فيهما، وذكرنا أنه لا تأثير لهما في صريح ولا كناية.

فصل: وأما الفصل الثاني: وهو أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة، هل يكون رجعياً إذا لم يرد به ثلاثاً، فعندنا يكون رجعياً إن أراد به واحدة أو اثنتين، أو لم تكن له نية في عدده.

وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة استدلالاً بأن قوله: أنت بائن لفظ يقتضي البينونة فوجب أن يقع الطلاق به بائناً كالثلاث، ولأنه لا يخلو أن يعمل هذا اللفظ في وقوع الطلاق، فيجب أن يقع على مقتضاه، وإن لم يعمل تجردت النية عن لفظ عامل، فيجب أن لا يقع به طلاق.

ودليلنا حديث رُكَانَةَ بْنِ عبد يَزِيد حِيْنَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَمَّا أَرَادَ بِأَلْبَتَّةَ فَقَالَ: وَاحِدَة، فَأَحْلَفَهُ عَلَيْهَا، وَرَدَّهَا عَلَيْهِ، فدل على أنها لا تكون ثلاثاً. فخالف قول مالك وتكون رجعية بخلاف قول أبي حنيفة، وروي أن المطلب بن حنطب

طلق امرأته ألبتة، فقال له عمر أمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ لاَ تَبُتُّ، وهذا دليل عليهما، وروي أنه قال: فَإِنَّ الْواحِدَةَ تَبُتُّ، يعني بانقضاء العدة إن لم يمسك.

وروي أن التؤمة طلق امرأته ألبتة فقال عمر: ما أردت قال: واحدة فاستحلفه، فقال: أتراني أقيم على فرج حرام، فأحلفه وأقره على نكاحه، وليس يعرف لعمر في هذا مخالف، فكان إجماعاً على مالك وأبي حنيفة، لأن وقوع الطلاق إذا تجرد عن عدد وعوض، كان رجعياً في المدخول به، قياساً على قوله: أنت طالق، أو اعتدي أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، فإن أبا حنفية وافق على هذه الأربع أنه يملك بها الرجعة، ولأنها معتدة يلحقها الطلاق فوجب أن يملك رجعتها كالمطلقة بالصريح، وبما ذكرنا من الكناية، ولأن ما لا يتعلق بصريح الطلاق لم يتعلق بكنايته، لتحريم الثلاث، ولأن ما لم يمنع صريحه من الرجعة لم تمنع كنايته من الرجعة لقوله: أنت واحدة، هو كناية أنت طالق.

ولأن صريح الطلاق من كنايته فلما لم يرفع الصريح الرجعة، فأولى أن لا ترفعها الكناية، ولأنه لو نوى بالطلاق صريح أنه بائن لم يرفع الرجعة، فإذا تجرد لفظ البائن عن الصريح، فأولى أن لا يرفع الرجعة، فأما استدلاله بأنه لفظ يقتضي البينونة، فمنتقض بقوله: أنت طالق ولا رجعة لي عليك، تكون طالقاً وله الرجعة، فلم يرتفع بهذا اللفظ، وإن كان مقتضياً للبينونة ثم المعنى في الأصل الذي هو الثلاث، استيفاء العدد، وأما استدلاله بأنه إذا وقع به الطلاق وقع مقتضاه، فمنتقض بلفظ الطلاق، لأنه يقتضي طلاقاً من جنسه، وقد يكون رجعياً لا يخرج به من جنسه.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو إذا نوى بالكنايات اثنتين وقع اثنتان عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تقع إلا واحدة، استدلالاً بأن قوله: أنت بائن يتضمن البيونة وهي نوعان: صغرى وهي التي تثبت الرجعة وتحل قبل زوج، وكبرى وهي التي تقطع عصمة الرجعة ولا تحل إلا بعد زوج، فإذا أراد الكبرى وكانت الثلاث تبعاً وإن لم يرد الكبرى وقعت الصغرى، لأنها لا تنفك عنها وهي واحدة، فأما الثنتان فخارج منهما، ولأن لفظ البينونة لا يتضمن عدداً، لأن البائن مثل الحائض والطاهر، ولا يحسن أن تقول: أنت بائتنان كما لا يحسن أن تقول: أنت حائضتان وطاهرتان، فإذا لم يتضمن العدد لم يجز أن يعلق عليه العدد.

ودليلنا هو: أن كل عدد ملك إيقاعه بالصريح، ملك إيقاعه بالكناية كالثلاث، ولأن وقوع الثلاث أغلظ من وقوع الثنتين، لأن الثالثة لا تقع إلا بعد الثانية، فإذا وقعت الثنتان مع الثالثة فأولى أن تقع الثنتان دون الثالثة، فأما استدلاله بأن البينونة

بالصريح لا تكون بواحدة فهو أنه ليس وقوعها بالواحدة، وأن يصح ضم ثانية إليها، كالمختلفة، وإن كانت تبين بالواحدة يجوز أن يخالفها على اثنتين.

وأما استدلاله بأن لفظ البائن لا يتضمن عدداً، لأنه لا يحسن أن يقال أنت بائنتان ففاسد بالثلاث، لأنه لم لم يتضمن العدد لم تقع الثلاث، وإذا جاز أن تقع ثلاثاً، جاز أن تقع ثنتين ولا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثنتين، كما لا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثلاث.

فصل: وأما الفصل الرابع: وهو إذا نوى بصريح الطلاق ثلاثاً، فقال: أنت طالق، ونوى الثلاث كانت ثلاثاً، ولو نوى اثنتين كانت اثنتين، فيحمل صريح الطلاق على ما نوى من عدده، وقال أبو حنيفة: لا يقع بصريح الطلاق إلا واحدة، ولو قال: أنت طالق ينوي طلقتين أو ثلاثاً لم تقع إلا واحدة، إلا أن يتلفظ بالعدد نطقاً، أو يقول أنت طالق ناوياً الثلاث فتطلق ثلاثاً وفرق بين قوله: أنت طالق ينوي ثلاثاً فيطلق واحدة، وبين قوله: أنت الطلاق وينوي الثلاث، فيطلق ثلاثاً، بأن الطلاق مصدر يحتمل العدد، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾.

وقوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تحتمل العدد كما لا تحتمل دخول العدد في قولهم أنت قائم وقاعد وراكع وساجد وجعل هذا الفرق بينهما دليلاً.

قال: ولأن الطلاق صريح في الواحد فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث، لأنه يؤخر إلى أن يكون اللفظ الواحد في الجنس الواحد صريحاً وكناية في حال واحدة وهذا فاسد ودليلنا أن قوله: أنت طالق، عند أهل العربية اسم فاعل، لأنهم يقولون طلقت فهي طالق كما قالوا حاضت فهي حائض، وضربت فهي ضارب، واسم الفاعل يحتمل العدد، لأنه يجب أن يفسر بأعداد المصادر، فيقال: أنت طالق طلقتين، وأنت طالق ثلاث تطليقات ومائة طلقة وضارب مائة ضربة، ولو كان الاسم لا يتضمن أعداد مصادره، فأحسن أن يعتبر به كما لا يحسن أن يقال: أنت ضارب طلقة، وقائم قعدة. ولذا تضمن العدد بدليل ما ذكرنا، جاز أن يقع به الثلاث، كما يقع بقوله: أنت الطلاق.

وتحريره قياساً: أن كل لفظ جاز أن يكون العدد فيه مظهراً، جاز أن يكون العدد فيه مضمراً، كالمصدر إذا قال: أنت الطلاق.

ودليل ثان: وهو أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً وقعت الثلاث، بقوله أنت طالق وكان قوله ثلاثاً تفسير للعدد المضمر فيه، ألا تراه لو وقال لغير مدخول بها، أنت طالق

ثلاثاً طلقت ثلاثاً ولو كانت الثلاث لا تقع إلا باللفظ الأول، لما وقع عليها إلا واحدة، لأن غير المدخول بها لا تطلق بلفظ بعد لفظ، لأنه لو قال: أنت طالق وطالق وقعت الأولى ولم تقع الثانية، وإذا جاز أن يكون العدد فيه مضمراً فيه، إذا أظهره، جاز أن يكون مضمراً فيه إذا نواه.

وتحريره قياساً: أن كل عدد جاز أن يتضمنه مصدر الطلاق، جاز أن يتضمنه اسم الطلاق كالمظهر.

ودليل ثالث: وهو أنه لو قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث، طلقت ثلاثاً ونية الثلاث أقوى من إشارته بالثلاث، لأن الكناية تعمل فيها النية، ولا تعمل فيها الإشارة فلما وقعت الثلاث بالإشارة، فأولى أن تقع بالنية، وأما استدلاله بأن قوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تتضمن عدداً فهو خطأ، لما ذكرنا أنه اسم يحتمل العدد بما بيناه من جواز قوله: أنت طالق ثلاثاً، وقوله: أنت حائض وطاهر وقائم وقاعد، فهو مما لا يجوز أن يجتمع منه عدد في حال واحدة، فلم يتضمن العدد، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه لا يصح أن يجتمع منه العدد في حالة واحدة، فجاز أن يتضمن العدد، كما يجوز أن يقول: أنت عالم عِلْمَيـنِ، وجائر جورين فيجوز أن يتضمنه العدد.

وأما استدلاله بأنه صريح في الواحدة، فلم يجز أن يكون كناية في الثلاث، فغير مسلم، لأنه إذا نوى الثلاث، كان صريحاً فيها، ولم يكن صريحاً في واحدة، كناية في اثنتين فلم يسلم لهم الاستدلال.

فصل: وإذا تمهد حكم الكناية وأن الطلاق لا يقع بها إلا مع النية، فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق، لأن قوله: أنت خلية يحتمل خلية من خير، وخلية من شر وخلية من زوج فلم يحمل على إحدى احتمالاته بغير نية، وكذلك قوله: أنت بائن يحتمل من الخير والشر والزوج وكذلك سائر الكنايات، يتقابل فيها الاحتمال، فلم يقع بها طلاق من غير نية، فأما إذا وجدت الكناية ونية الطلاق، فلا يخلو حال النية من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون النية متقدمة على جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق، ولأن النية تجردت عن لفظ فلم يقع بها طلاق، واللفظ تجرد عن نية، فلم يقع به طلاق.

والقسم الثاني: أن تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق أيضاً، لما ذكرنا أن اللفظ لما تجرد عن النية لم يقع به طلاق، والنية لما تجردت عن اللفظ لم يقع بها طلاق.

مثال هذين: نية الصلاة، إن تقدمت على الإحرام لم تصح، وإن تأخرت عنه لم تصح.

والقسم الثالث: أن تكون النية مقارنة لجميع اللفظ، فتوجد من أول اللفظ إلى آخره فالطلاق واقع، باللفظ والنية معاً، ولا يكون وقوعه بأحدهما، وإن كان اللفظ هو المغلب لظهوره.

والقسم الرابع: أن توجد النية في بعض اللفظ وتعدم في بعضه، إما أن توجد في أوله وتعدم في آخره، أو توجد في آخره، وتعدم في أوله، مثل أن يقول لها: أنت بائن، فينوي عند قوله: أنت با، بترك النية عند قوله ئن، أو يترك النية عند قوله: أنت با وينوي عند قوله ئن، ففي وقوع الطلاق به وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يقع اللفظ إذا اعتبرت فيه النية، كان وجودها عند بعضها، كعدمها في جميعه كالنية في تكبيرة الإحرام.

والوجه الثاني: أن الطلاق واقع، لأن استصحاب النية في جميع ما يعتبر فيه النية ليس بلازم كالصلاة لا يلزم استصحاب النية في جميعها.

والأصح عندي، أن ينظر في النية فإن وجدت في أول اللفظ، وقع به الطلاق، وإن عدمت في آخره كالصلاة، إذا وجدت النية في أولها، جاز أن تعدم في آخرها، وإن وجدت النية في آخر اللفظ وعدمت في أوله، لم يقع له الطلاق، كالنية في آخر الصلاة، ولأن النية إذا انعقدت مع أول اللفظ، كان باقيه راجعاً إليها، وإذا خلت من أوله صار لغواً وكان ما بقي منه مع النية ناقصاً، فخرج من كنايات الطلاق، وهذا التفصيل أشبه بنص الشافعي، لأنه قال: لم يكن طلاقاً حتى يبتدأ ونيته الطلاق، فاعتبرها في ابتداء اللفظ والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «(قَالَ) وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ حُرَّةٌ يُرِيدُ بِهَا الطَّلَاقَ وَلأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ يُرِيدُ الْعِتْقَ لَزِمَهُ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، أما صريح العتق فهو كناية في الطلاق إجماعاً، فإذا قال الرجل لامرأته، أنت حرة أو أنت معتقة، يريد طلاقها، طلقت، لأن عتق الأمة إطلاق من حبس الرق، كما أن طلاق الزوجة إطلاق من حبس النكاح، فتقارب معناهما، وأما صريح الطلاق فهو كناية عندنا في العتق، فإذا قال لأمته أنت طالق، أو مسرحة أو مفارقة، يريد عتقها عتقت، وقال أبو حنيفة: لا تعتق ولا يكون صريح الطلاق كناية في العتق، وإن كان صريح العتق كناية في الطلاق، استدلالاً بأن الطلاق يوجب التحريم، وتحريم الأمة لا يوجب عتقها، لأنه يملك من تحرم عليه بنسب أو رضاع، ولا تعتق عليه، ولا يشبه قوله لزوجته، أنت حرة فتطلق، لأن عتق الأمة

تحريم، وتحريم الزوجة موجب لزوال الملك عنها، فجاز أن يكون طلاقاً لها، قال: ولأن كل لفظ كان صريحاً في تحريم الحرائر لم يكن كناية في عتق الإماء كالظهار، ولأن لفظ الطلاق أضعف حكماً من لفظ الحرية، لأنه مختص بإزالة الملك عن الاستمتاع، والحرية تزيل الملك عن الرق والاستمتاع، فجاز أن تكون الحرية كناية في الطلاق لقوتها، ولم يجز أن يكون الطلاق كناية في العتق لضعفه، كالبيع لما كان أقوى من الإجارة، جاز أن تنعقد الإجارة بلفظ البيع، ولم يجز أن ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

ودليلنا قول النبيّ ﷺ «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فكان على عمومه، ولأن صريح ما يجري فيه النية أنه كناية، في مثله كالعتق في الطلاق، ولأن كل لفظ صح استعماله في الطلاق، صح استعماله في العتق، كقوله: لا سلطان لي عليك، ولأن ما صح وقوع الطلاق به، صح وقوع الحرية به، كقوله أنت حرة، ولأن صريح الطلاق أقوى من كنايته فلما وقعت الحرية بكناية الطلاق، فأولى أن تقع بصريحه، ولأنه لما كانت الحرية كناية في طلاق الحرة، وهي صفتها في حال الزوجية، فأولى أن يكون الطلاق كناية في عتق الأمة وليس من صفتها في حال الرق.

فأما استدلاله بأن تحريم الطلاق لا ينافي بقاء الرق، فالجواب عنه أن صريح الطلاق إنما كان كناية في العتق، لأنه يتضمن الإطلاق من حبس العتق، لا بما يتعلق به من التحريم، وأما قياسهم على الظهار، فالظهار عندنا كناية في العتق كالطلاق فسقط الاستدلال به ثم لو سلم لهم هذا الأصل ـ وليس بمسلم ـ لكان الفرق بينهما، لأن الطلاق مزيل للملك مع التحريم، فجاز أن تقع به الحرية، والظهار مختص بالتحريم من غير أن يزول به الملك، فلم تقع به الحرية. وأما استدلالهم بأن لفظ الطلاق أضعف من لفظ العتاق لاختصاصه بإزالة الاستمتاع عن المنفعة دون الرقبة، فالجواب: أنه وإن ضعف عنه في الإماء فهو أقوى منه في الحرائر، ثم لا ينكر أن يساويه في القوة إذا انضمت إليه النية كما تساويه كناية الطلاق التي هي أضعف من صريح الطلاق، إذا انضمت إليه النية، واستشهادهم بالبيع والإجارة، فهم لا يجوزون عقد الإجارة بلفظ البيع، كما لا يجوز عقد البيع بلفظ الإجارة وإن جاز عندنا، والفرق بينهما أن لفظ البيع أعم من لفظ الإجارة، فجاز أن يعقد الأخص باللفظ الأعم، ولم يجز أن يعقد الأعم باللفظ الأخص والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَائِناً كَانَتْ واحِدَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لأَنَ اللَّهَ تَعَالَى حَكَمَ فِي الوَاحِدَةِ والثِّنْتَيْنِ بِالرَّجْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَلاَ وَلاَءَ لِي

عَلَيْكَ كَانَ حُرًّا وَالْوَلاَءُ لَهُ جَعَلَ عَلَيهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ الْوَلاَءَ لِمَنْ أَعْتَقَ كَمَا جَعَلَ اللَّهُ الرَّجْعَةَ لِمَنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوِ اثْنَتَيْنِ وَطَلَّقَ ركانةُ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَأَحْلَفَهُ النَّبِيُّ ﷺ مَا أَرَادَ إِلاَّ وَاحِدَةً وَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَطَلَّقَ المُطَّلِبُ بْنُ حنْطبٍ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَمْسِكْ عَلَيْكَ امْرَأَتَكَ فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ تَبُتُّ وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِرَجُلٍ قَالَ لامْرَأَتِهِ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ مَا أَرَدت؟ وَقَالَ شُرَيْحٌ أَمَّا الطَّلاَقُ فَسُنَّةٌ فَأَمْضُوهُ وَأَمَّا أَلْبَتَّةُ فَبِدْعَةٌ فَدِينُوهُ (قَالَ) وَيَحْتَمِلُ طَلاَقُ أَلْبَتَّةِ يَقِيناً وَيَحْتَمِلُ الإِبْتَاتَ الَّذِي لَيْسَ بَعْدَهُ شَيْءٌ وَيَحْتَمِلُ وَاحِدَةً مُبِينَةً مِنْهُ حَتَّى يَرْتَجِعَهَا فَلَمَّا احْتَمَلَتْ مَعَانِي جُعِلَتْ إِلَى قَائِلِهَا».

قال الماوردي: وهذا الكلام يشتمل على فصلين:

أحدهما: أنه إذا طلق امرأته واحدة بائنة كانت رجعية، ولا تبين بالواحدة، وإن جعلها بائنة، كما لا يسقط ولاء العتق، وإذا شرط سقوطه في العتق.

وقال أبو حنيفة: تكون الواحدة بائنة إذا جعلها بائنة، وتسقط الرجعة فيها بإسقاطه لها، وبنى ذلك على أصله، إذا قال لها: أنت بائن يريد به الطلاق، أنها تطلق واحدة بائنة، لا يملك فيها الرجعة، وقد مضى الكلام معه فيه، ثم تفسد مذهبه هاهنا من وجهين أيضاً:

أحدهما: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة بائنة، كانت طالقاً واحدة غير بائنة.

والثاني: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة، لا رجعة لي فيها، كانت طالقاً واحدة له الرجعة، كذلك في الواحدة والثانية.

والفصل الثاني: في الكناية يشتمل على فصلين:

أحدهما: أن الكناية لا يقع الطلاق بها إلا مع النية، وإن وقع بالصريح ردًّا على مالك حيث أوقع الطلاق بالكناية من غير نية، وعلى من ذهب إلى قول داود: أن الطلاق لا يقع بالصريح من غير نية، وقد مضى الكلام معهما والفرق بين الصريح والكناية، في اعتبار النية في الكناية، دون الصريح من وجهين:

أحدهما: أن الصريح لا يحتمل إلا معنى واحد، فحمل على موجبه من غير نية، والكناية تحمل معاني، فلم تنصرف إلى أحدهما إلا بنية، ألا ترى أن ما كان من العبادات لا تعقد إلا على وجه واحد، كأداء الأمانة، وإزالة النجاسة لم تفتقر إلى نية، وما كان محتملاً كالصوم لم يصح أن يكون عبادة إلا بالنية.

والثاني: أن الصريح حقيقة والثاني مجاز، والحقائق يفهم مقصودها بغير قرينة

والمجاز لا يقوم مقصوده إلا بقرينة، فلذلك افتقرت الكناية إلى نية، ولم يفتقر الصريح إلى نية.

والفصل الثاني: أن الكناية إذا وقع بها الطلاق مع النيةكالبائن والبتة والخلية والبرية كان رجعياً، إلا أن ينوي ثلاثاً، وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة وقد مضى الكلام معه فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَتَبَ بِطَلاَقِهَا فَلاَ يَكُونُ طَلاَقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ كَمَا لاَ يَكُونُ مَا خَالَفَهُ الصَّرِيحُ طَلاَقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ».

قال الماوردي: أما وقوع الطلاق بغير الكلام فينقسم ثلاثة أقسام: فعل وكناية وإشارة، فأما الفعل: مثل الضرب والإخراج من المنزل، وما جرى مجراه من الإبعاد والطرد، فلا يقع به الطلاق وإن نواه وعند مالك يكون طلاقاً، لأنه يوقع الطلاق بمجرد النية، فأولى أن يوقعه بالفعل مع النية وفيما مضى من الدليل، على أن الطلاق لا يقع بالنية، دليل على أنه لا يقع بالفعل، وإن اقترنت به النية.

والدليل عليه أيضاً: أن الطلاق أعظم حكماً من الإيلاء والظهار، لأنه يساويهما في قصد التحريم، ويزيد عليهما في رفع العقد، فلما لم يصح الإيلاء والظهار إلا بقوله دون النية والفعل، كان الطلاق بذلك أولى.

فصل: وأما الكناية وهو أن يكتب بخط يده، أنت طالق، أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة فقد اختلف الناس فيما حكي عن الشافعي وأحمد بن حنبل: أنها صريح في وقوع الطلاق بها لا يفتقر إلى نية كالكلام، لأن الله تعالى قد أنذر بكتبه فقال تعالى: ﴿لأُنْذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ﴾ [الأنعام: ٩١]. وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة بمكاتبة من كاتبه، ولأنها تقوم في الإفهام مقام الكلام، ثم هي أعم من إفهام الحاضر والغائب من الكلام المختص بإفهام الحاضر دون الغائب، ولأن العادة جارية باستعمالها في موضع الكلام، فاقتضى أن يكون جارية في الحكم مجرى الكلام، ولأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ قد جمعوا القرآن في المصحف خطاً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكتابة ليست صريحاً في الكلام، ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، لأن الله تعالى قد أرسل رسوله نذيراً لأمته ومبلغاً لرسالته فقال تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيراً وَنَذِيراً﴾ [البقرة: ١١٩]. فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح، لمكن الله تعالى رسوله منها، ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار ممكناً من آلائه، وكاملاً لصفاته، ومعاناً عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص فيقصر، ولا ضعف فيعجز، ولكان لا يبعث رسولاً،

إلا أمياً لا يكتب، وإن تكلم، كما لا يبعث رسولاً أخرس، لا يتكلم وإن كتب، وفي فحوى هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام، ولأنها لو قامت مقام صريح الكلام لأجزأ من كتب القرآن في الصلاة عن أن يتكلم به في الصلاة، ولاقتضى من المرتد إذا كتب الشهادتين عن أن يتكلم بالشهادتين، وفي امتناعنا من ذلك خروج الكتابة من حكم الكلام، ولأنه لو كانت الكتابة صريحاً كالكلام لصح بها عقد النكاح، كما يقع بها فيه الطلاق، وفي إجماعنا على أن عقد النكاح بها لا يصح دليل على خروجهما من صريح الكلام في الطلاق، فإذا تقرر أن ليست الكتابة صريحاً في الطلاق، فقد اختلف قول الشافعي، هل يكون كناية فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وأشار إليه في كتاب الرجعة.

وقال به أبو إسحاق المروزي من أصحابنا: أنها لا تكون كناية، ولا يقع بها طلاق وإن نواه، لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال، ولأن كتابة اليد ترجمان اللسان ومعبر عنه كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه فلما لم تقم الكتابة مقام الصريح إلا بنية القلب لم تقم الكناية مع الكلام إلا بنطق اللسان.

والقول الثاني: وهو الصحيح نص عليه هاهنا وفي الإملاء، وقال أبو حنيفة ومالك: إن الكتابة كناية في وقوع الطلاق بهامع النية، ولا يقع بها الطلاق إن تجردت عن النية، لأنها نقص عن الكلام لاحتمالها وتخالف الأفعال لإفهام المخاطب بها، ولأن العرف في استعمالها أنها بدل من الكلام، تقتضي أن يتعلق عليها بعض أحكام الكلام، فصارت كالمحتمل فيه من اعتبار النية فيه:

فصل: فإذا قلنا بالأول أن الكتابة ليست صريحاً ولا كناية، فلا يقع بها الطلاق وإن نواه من حاضر ولا غائب، وكذلك العتق، فإن قلنا بالثاني في أن الكتابة كناية يقع بها الطلاق إذا اقترنت بالنية، ولا يقع بها الطلاق إذا تجردت عن النية، فكذلك العتق، ويصح بها الطلاق والعتاق من الغائب، وهل يصح من الحاضر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح من الحاضر كما يصح من الغائب، لأن كنايات الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب سواء، فكذلك الكتابة.

والوجه الثاني: أنه لا يصح بها الطلاق والعتاق، من الحاضر والغائب لأمرين:

أحدهما: أنها من الغائب ضرورة كإشارة الأخرس، ومن الحاضر غير ضرورة كإشارة الناطق.

والثاني: أنها مستعملة في عرف الغائب، وغير مستعملة في عرف الحاضر، فأما

الظهار بالكتابة فهو كالطلاق على قولين، وأما الإيلاء بالكتابة فلا يصح قولاً واحداً، لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا ينعقد بالكناية، وأما عقد البيع والإجابة بالكتابة، فإن قيل إن الطلاق لا يقع بهما ولا يكون كناية فيه فأولى أن لا ينعقد بها بيع ولا إجارة، وإن قيل: إن الطلاق يقع بها، وإنها كناية فيه، ففي عقد البيع والإجارة بهما وجهان، من اختلاف أصحابنا في عقد البيع والإجارة بصريح العقد وكنايته على وجهين:

أحدهما: لا تصح بالكتابة، إذا قيل إنه لا تصح بالكنايات.

والوجه الثاني: أنه تصح بالكتابة إذا قيل إنه تصح بالكنايات.

وقد حكى أبو حامد المروزي: أنه وجد نصًا عن الشافعي، أنه إذا كتب إلى رجل في بلد أني قد بعتك داري، فيه بكذا صح البيع، إذا قبله المكاتب إليه، وكان له الخيار ما لم يفارق مجلسه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا كَتَبَ إِذَا جَاءَكِ كِتَابِي فَحَتَّى يَأْتِيهَا».

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام، حكم الكتابة بالطلاق إنها ليست صريحة فيه، وفي كونها كناية قولان، فلا يخلو حال من كتب بطلاق زوجته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقترن بكتابته لفظ.

والثاني: أن يقترن بها نية.

والثالث: أن تتجرد عن لفظ ونية، فإن قارنها لفظ، وقع الطلاق، لأن اللفظ لو تجرد عن الكتابة وقع به الطلاق، فإذا انضم إلى الكتابة فأولى أن يقع به، وإن قارنها نية الطلاق، ففي وقوع الطلاق بها قولان، إن قيل كناية وقع الطلاق، وإن قيل ليست كناية لم يقع، وإن تجردت الكتابة عن قول ونية لم يقع بها الطلاق، لأنه يحتمل أن يكون كتب حاكياً عن غيره، أو مجرباً لخطه، أو مرهباً لزوجته، فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة هذه المسألة أن يكتب إلى زوجته إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، إما مع لفظ اقترن به فكان طلاقاً قولاً واحداً وإما مع نية اقترنت بخطه، فكان طلاقاً في أصح القولين، وعليه تفرع جميع هذه المسائل، فهو طلاق معلق بصفة، وهو مجيء الكتاب إليها، فإن لم يجئها الكتاب لم تطلق فإن تأخر لهلاكه فقد بطلت صفة طلاقها، فهو غير منتظر سواء كان هلاكه بسبب منها أو من غيره، وإن تأخر مع بقائه فالصفة باقية، وتعليق الطلاق بها منتظر لمجيء الكتاب إليها، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون سليماً، فالطلاق واقع سواء قرأته أو لم تقرأه، لأنه علق طلاقها بمجيئه لا بقراءته، ولو كان كتب إذا جاءك كتاب وقرأتيه لم تطلق لمجيئه حتى

تقرأه، فإن قرأ عليها لم تطلق، إن كانت تحسن القراءة، وطلقت إن كانت لا تحسنها اعتباراً بالعرف.

والقسم الثاني: أن يصل الكتاب ممحو الكتابة، فلا طلاق، لأن الكتاب هو المكتوب وما لا كتابة فيه فهو كأخذ وليس بكتاب، سواء كان هو الماحي له أو غيره، ولكن لو تطلست كتابته ولم يمح نظر فإن كان مفهوم القراءة طلقت، وإن كان غير مفهوم لم تطلق.

والقسم الثالث: أن يصل الكتاب وقد ذهب بعضه، فإن كان الذاهب منه موضع طلاقها لم تطلق، لأن مقصوده لم يصل، وإن كان موضع طلاقها باقياً والذاهب من غيره، فقد اختلف أصحابنا في وقوع طلاقها به على أربعة أوجه:

أحدها: لا تطلق سواء كان الذاهب منه مكتوباً أو غير مكتوب، لأن الواصل منه بعضه.

والوجه الثاني: أنها تطلق، سواء كان الذاهب مكتوباً أو غير مكتوب، لأن المقصود منه هو لفظ الطلاق واصل.

والوجه الثالث: إن كان الذاهب من المكتوب لم تطلق، لا بعض الكتاب وإن كان الذاهب من غير المكتوب طلقت، لأن المكتوب هو جميع الكتاب.

والوجه الرابع: إن وصل أكثره طلقت، وإن وصل أقله لم تطلق اعتباراً بالأغلب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ كَتَبَ أَمَّا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ مِنْ حِينَ كَتَبَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا اقترن بكتابته نية الطلاق فيقع الطلاق بالأصح من قوليه، الذي تفرع عليه، لأنه كتب طلاقاً ناجزاً، ولم يعلقه بوصول الكتاب إليها، فيعمل وقوعه في الحال، كما لو تلفظ بطلاقها ناجزاً وخالف أن يكتب، إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق، فلا يطلق إلا بوصوله، لأن هذا مقيد بصفة، وذاك ناجز، فلو كان قال لها: إذا أتاك طلاقي فأنت طالق، ثم كتب إليها إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فجاءها الكتاب طلقت طلقتين، إحداهما بوصول الكتاب والثانية بمجيء الطلاق، لأن الصفتين موجودتين في وصوله، وعلى مثاله أن يقول لها: أن أكلت نصف رمانة فأنت طالق وإن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلت رمانة فتطلق طلقتين لأنها قد أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة ولو قال لها: كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق وكلما أكلت رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة طلقت طلقتين، لأن فيها نصفين، فطلقت طلقتين وهي رمانة، فطلقت ثالثة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ شُهِدَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا خَطُّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى يُقِرَّ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها أن تدعى المرأة على زوجها، أنه كتب إليها بطلاقها، وتحضر كتاباً بالطلاق تدعي أنه كتابه وينكر أن يكون كتابه، فإن لم تصل المرأة الدعوى بأنه كتابه، ناوياً للطلاق، لم يحلف الزوج، وإن وصلت دعواها، بأنه كتب ناوياً أحلف الزوج حينئذ على إنكاره، فإن كان منكراً للكتاب، أحلف أنه ما كتبه وإن كان منكراً للنية، أحلف أنه ما نوى، وإن أحلف أنها لم تطلق منه لم يجز، لأنه قد يكون ممن لا يعتقد وقوع الطلاق بالكتاب، ويعتقده الحاكم فإن شهد عليه عند إنكار الكتاب شاهدان، أنه خطه وكتابه لم تطلق، لأن الكتابة لا يقع بها الطلاق إلا مع النية، والشهادة وإن صحت على الكتابة فلا تصح على النية، لأن النية تخفي والكتابة لا تخفى، ولذلك قال الشافعي - رضي الله عنه - لم يلزمه حتى يقرّ به، يعني يقر بالكتاب والنية مع كتابته، فإن قيل فكيف تصح الشهادة على خطه؟ قيل بأن رأياه يكتبه، ولا تغيب الكتاب عن أعينهما حتى يشهدا به، فإن لم يكونا رأياه، يكتبه ولكنهما عرفا خطه لم يجز أن يشهدا به، لأن الخط (يشبه الخط)، وإن رأياه قد كتبه وغاب الكتاب عنهما لم يجز أن يشهدا به، لجواز أن يكون مزوراً عليه فيتشبه به وهذه الشهادة لا تلزم الشاهدين، أن يشهدا بها، ولا الحاكم أن يستدعيهما، لأنه لا يتعلق بها حكم.

فصل: فأما الإشارة بالطلاق، فإن كانت من الأخرس، قامت مقام نطقه، ووقع الطلاق بإشارته كما يقع طلاق الناطق بلفظه، إذا كانت إشارته مفهومة، وتكون الإشارة منه طلاقاً صريحاً وإن كانت الإشارة من ناطق، لم يقع بها الطلاق لا صريحاً ولا كناية، لأنه قادر على الكلام الذي هو بالطلاق أخص.

فلو قال: أنت وأشار بأصابعه الثلاث مريداً بها الطلاق لم تطلق، لأن بقوله أنت بدء وليس بصريح في الطلاق ولا كناية، فالإشارة بعد البدء، لا يقع بها الطلاق، ونية الطلاق قد تجردت عن لفظ فلم يقع بها الطلاق، ولكن لو قال: أنت طالق كذا وأشار بإصبع واحدة طلقت واحدة، ولو أشار بإصبعين، طلقت طلقتين، ولو أشار بثلاثة أصابع، طلقت ثلاثاً، وقامت إشارته مقام الثلاث، مع قوله هكذا مقام نيته بالثلاث نص عليه ابن سريج، فلو أشار بثلاث أصابع قائمة وبإصبعين معقودتين فإن أراد الثلاث القائمة طلقت ثلاثاً، وإن أرادالإصبعين المعقودتين طلقت ثنتين، وإن لم تكن نية، طلقت بالثلاث أصابع ثلاثاً، لأن فيها زيادة إشارة.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال: أنت طالق، ولم يقل هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث لم يلزمه بالإشارة عدد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ اخْتَارِي أَوْ أَمْرِكِ بِيَدِكِ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا فَقَالَ مَا أَرَدْتُ طَلاَقاً لَمْ يَكُنْ طَلاَقاً إِلاَّ بِأَنْ يُرِيدَهُ وَلَوْ أَرَادَ طَلاَقاً فَقَالَتْ قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي سُئِلَتْ فَإِنْ أَرَادَتْ طَلاَقاً فَهُوَ طَلاَقٌ وَإِنْ لَمْ تُرِدْهُ فَلَيْسَ بِطَلاَقٍ».

قال الماوردي:

اعلم أن للزوج في الطلاق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتولاه لنفسه مباشراً فيقع الطلاق بمباشرته.

والحال الثانية: أن يستنيب فيه وكيلاً، فيقوم الوكيل في الطلاق الذي استنابه فيه مقام نفسه على ما سنذكره.

والحال الثالثة: أن يفوضه إلى زوجته وهي مسألتنا فيكون ذلك تمليكاً لها ولا يكون توكيلاً واستنابة، وهو جائز يصح به وقوع الفرقة، لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَيَّرَ نِسَاءَهُ، فَاخْتَرْنَهُ فلولا أن لتخييرهن تأثير في الفرقة إن اخترنها، ما كان لتخييرهن معنى، وإذا كان كذلك لم يخل حال تفويضه الطلاق إلى زوجته من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بصريح منهما. **والثاني**: بكناية منهما، **والثالث**: بصريح منه وكناية منها، **والرابع**: بكناية منه وصريح منها.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون بصريح منهما جميعاً فصورته: أن يقول لها طلّقي نفسك فتقول: قد طلّقت نفسي، فقد وقع الطلاق بطلاقها لنفسها، ولا يراعى من أصل الطلاق ووقوعه نية واحد منهما، فأما عدد الطلاق فلهما فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يذكراه.

والثانية: أن ينوياه.

والثالثة: أن يطلقاه، فإن ذكراه فلهما فيه حالتان:

أحدهما: أن يتفقا عليه.

والثانية: أن يختلفا فيه، فإن اتفقا عليه وقع العدد الذي اتفقا عليه كأنه قال لها: طلّقي نفسك واحدة، فطلّقت نفسها واحدة، أو قال لها: طلّقي نفسك طلقتين، فطلقت نفسها طلقتين، أو قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً وقع الثلاث أو ما اتفقا عليه من العدد، وإن اختلفا فيه وقع أقل العددين.

مثاله: أن يقول لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فتطلق نفسها واحدة فلا تطلق إلا واحدة، ولو قال لها: طلّقي نفسك واحدة فطلّقت نفسها ثلاثاً لم تطلق إلا واحدة.

وقال أبو حنيفة: إن قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة لم تطلق.

وقال مالك مثل هذا وأما إن نويا العدد ولم يذكراه حملا فيه على نيّتهما، فإن اتفقا في نية العدد فنويا طلقتين أو ثلاثاً كان على ما نويا من العدد.

وقال أبو حنيفة: لا تأثير للنية في العدد، وقد مضى الكلام معه، فإن اختلفا في النية كان العدد محمولاً على أقل الثنتين كما لو أظهراه قولاً، فإن نوى الزوج ثلاثاً ونوت الزوجة واحدة كانت واحدة وإن لم يذكرا عدداً ولا نوياه طلقت واحدة.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها كناية كقوله: اختاري نفسك فتقول: قد اخترت نفسي، فلا يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً فإن نواه دون الزوجة أو الزوجة دون الزوج لم يقع.

وقال مالك: يقع وإن لم ينوياه ولا واحد منهما بناء على أصله في أن الكناية الظاهرة لا تفتقر إلى نية.

وقال أبو حنيفة: إذا نواه الزوج وحده وقع الطلاق وإن لم تنوه الزوجة، استدلالاً بما روي أن الصحابة سئلوا عمّن خير زوجته فقال عمر: إن اختارت نفسها فواحدة ولها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا طلاق، وتابعه ابن مسعود، وابن عباس، وقال علي بن أبي طالب ـ عليه السلام ـ إن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها.

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة فأوقع جميعهم الطلاق عليها باختيارها نفسها، ولم يعتبروا النية، فصاروا مجمعين على أن النية غير معتبرة من جهتها، قال: ولأن تعليق الطلاق عليها لا يوجب اعتبار نيتها فيه كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت بدخول الدار، وإن لم ينوه كذلك في الاختيار ودليلنا هو: أنه لما كان تخيير الزوج لها كناية، يرجع فيه إلى نية، لاحتماله أن يكون أراد اختاري نفسك للنكاح أو الطلاق، فوجب أن يكون اختيارها لنفسها كناية، ترجع فيه إلى نيتها لاحتماله أن يكون اخترت نفسي لنكاحك أو طلاقك، ألا تراها لو قالت: قد اخترت نفسي لنكاحك لم تطلق، كذلك إذا أطلقت، فأما استدلاله بإجماع الصحابة، فلا دليل فيه لأنهم لم يعتبروا نية الزوج، وهي معتبرة عندنا وعنده، فكذلك إذا لم يعتبروا نية الزوجة، ويكون ذلك منهم لعلمهم بوجود النية منهما.

وأما استدلاله بدخول الدار، فحسبنا به دليلاً، لأنه لما كان إذا علق طلاقها صح، بدخول الدار لم تطلق لا بوجود الدخول منها، كذلك إذا خيرها في طلاق نفسها، لم تطلق حتى تختار طلاق نفسها، فإذا تقرر أن النية معتبرة منهما، وأن الطلاق لا يقع إلا بنيّتهما فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تختار نفسها.

والثانية: أن تختار زوجها.

والثالثة: أن لا يكون لها اختيار. فإن اختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية، وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار لم تطلق، وبه قال من الصحابة: عمر وابن مسعود وابن عباس، وقال أبو حنيفة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها لم تطلق، وقال ربيعة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها، طلقت واحدة رجعية، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً، وإن اختارت زوجها طلقت واحدة بائنة.

والدليل على أن اختيارها لزوجها لا يكون طلاقاً، ما رواه الزهري عن أبي سلمة بن عبدالرحمن عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِتَخْيِيرِ نِسَائِهِ بَدَأَ بِي، فَقَالَ: إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمْراً فَلَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ، ثُمَّ تلا هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية. فقلت في أيِّ هَذَيْنِ أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ، فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ والدَّارَ الآخِرَةَ، قَالَتْ: ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَا فَعَلْتُ، وَلَمْ يَكُنْ حِينَ قَالَ لَهُنَّ رَسُولُ اللَّهِ، فَاخْتَرْنَهُ طَلَاقاً مِنْ أَجْلِ أَنَّهُنَّ اخْتَرْنَهُ[1].

ومن الدليل عليه أيضاً: أن اختيارها لزوجها ضد اختيارها لنفسها، فلما طلقت باختيارها نفسها، وجب أن لا تطلق باختيار زوجها، لأن اختلاف الضدين يوجب اختلاف الحكمين.

والدليل على أنها تكون واحدة رجعية، ولا تكون ثلاثاً ولا واحدة بائنة، ما قدمنا في حكم الطلاق إذا وقع بالكناية، وهكذا لو قال لها أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي أو قال لها: أبيني نفسك، فقالت: قد أبنت نفسي، وهكذا لو اختلفت الكناية منهما، فقال لها: حرّمي نفسك فقالت: قد اخترت نفسي، أو قال لها: اختاري نفسك، فقالت قد حرمت نفسي لم يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/١١٠٣) حديث (٢٢/١٤٧٥) والبيهقي في الكبرى (٧/٣٤٤).

فصل: فإن قال لها: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت أبي وأمي، لم يقع به الطلاق، وإن نوته، لأنه ليس بصريح ولا كناية، إذ ليس اختيارها لأبيها موجباً لفراق زوجها. ولو قالت: قد اخترت الأزواج ففي وقوع الطلاق به إذا نوته وجهان:

أحدهما: يقع به الطلاق، لأنها لا تحل للأزواج مع بقائها على نكاحه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يقع به الطلاق لعلتين.

إحداهما: أنه من الأزواج.

والثانية: أن اختيارها لنفسها لا تكون ذات زوج، فعلى هذا لو قالت: قد اخترت زيداً ناوية للطلاق طلقت على التعليل الأول، ولم تطلق على التعليل الثاني.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بذله صريحاً وقبولها كناية.

فصورته أن يقول لها: طلّقي نفسك، أو قد جعلت بيدك طلاق نفسك، فتقول: قد اخترت نفسي أو قد أبنت نفسي، فتعتبر نية الزوجة ولا تعتبر نية الزوج، لأن صريح الزوج لا يفتقر إلى نية وكناية الزوجة تفتقر إلى النية، فإذا قالت ذلك ناوية للطلاق طلقت، على قول جمهور أصحابنا، وقال منهم أبو عبيد بن حربوية، وأبو علي بن خيران: لا تطلق لأن قبول الصريح يكون صريحاً للنكاح، وهذا فاسد، لأن الكناية مع النية تقوم مقام الصريح بغير نية، وجرى اختلاف الصريح والكناية مجرى اختلاف الصريحين، واختلاف الكنايتين وإذا كان كذلك وسئلت الزوجة عن نيتها، فقالت: ما أردت الطلاق لم تطلق، فإن أكذبها الزوج طلقت بإقراره أنها قد نوت، وإن قالت: أردت الطلاق، طلقت فإن أكذبها الزوج كان القول قولها مع يمينها، لأن النية باطنة لا تعرف إلا من جهتها.

وقال أبو سعيد الإصطخري: القول قول الزوج مع يمينه، ولا يصدق قولها في وقوع الطلاق عليه كما لو ادعته، وكما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت، وهذا خطأ، لأن تعليق الطلاق بما يعتبر فيه نيتها، أخفى من تعليقه بحيضها، فلما كان لو قال لها إذا حضت فأنت طالق، فقالت: قد حضت، قبل فيه قولها، وإن أكذبها، فأولى أن يقبل قولها فيما تعلق من نيتها، لأن إقامة البينة على نيّتها، أشد تعذراً من إقامتها على حيضها، لاستحالة تلك وإمكان هذه، وخالف قوله لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فتدعي دخولها، فلا يقبل قولها، لأنه يمكنه إقامة البينة على دخولها.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها صريحاً فصورته: أن يقول لها اختاري نفسك أو أمرك بيدك، فتقول قد طلّقت نفسي، فتعتبر نية الزوج ولا

تعتبر نية الزوجة، لأن كناية الزوج تفتقر إلى النية، وصريح الزوجة لا يفتقر إلى النية، فإن قالت أردت الطلاق طلقت، وإن قال لم أرده، لم تطلق، وإن جن أو مات قبل أن تعلم إرادته، لا تطلق وكان لها ميراثها منه، لأن إرادته مجوزة والطلاق لا يقع بالشك، فلو قال لها: أمرك بيدك فأراد به طلاقها في الحال، ولم يجعله بذلاً يقف على قبولها. قال الشافعي في كتاب «الإملاء»: لم تطلق، لأن هذا القول منه إذا اقترن بالإضافة إليها صار صريحاً، في جعل الطلاق إليها، وتعليقه بقبولها، فلم يقع إلا به، ويحتمل أن يقع به الطلاق، لأنه من كناياته الجاري مجرى قوله: قد ملكتك نفسك، وتزوجي من شئت فيقع به الطلاق إذا نواه، ولكن لو قال لها: طلّقي نفسك وأراد به وقوع الطلاق عليها من غير أن يقفه على قبولها وتطليقها لنفسها لم تطلق إلا أن تطلق نفسها، لأنه لا يحتمل غيره.

فصل: ولو قال لها: إن أحببت فراقي، فأمرك بيدك، لم تطلق إذا طلقت نفسها، حتى تقول قبل الطلاق قد أحببت فراقك، ثم تطلق نفسها فتطلق حينئذ، لأنه مقيد بهذا الشرط ولو قال لها: إذا مضت سنة فأمرك بيدك، أو قال لها: إذا قدم زيد فأمرك بيدك لم يجز، لأنه تمليك مؤجل، وبذل منتظر، فإن طلقت نفسها بعد مضي السنة، أو بعد قدوم زيد، لم تطلق، لبطلان التمليك، وفساد البذل، ولكن لو قال: أمرك بيدك تطلقين نفسك بعد سنة أو إذا قدم زيد، ففيه قولان:

أحدهما: نص عليه في الإملاء» وهو قول أبي حنيفة واختيار المزني أنه جاز، تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، ولها إذا مضت السنة أو قدم زيد أن تعجل طلاقها، فإن أخرته لم تطلق.

والقول الثاني: نص عليه في الجديد، وهو الأصح لا يجوز تغليباً لحكم التمليك، الذي لا يجوز أن يعلق لأجل منتظر، ولا بصفة متوقعة، فإن طلقت نفسها عند مضي السنة، وقدوم زيد لم تطلق، لبطلان التمليك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «لَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّهَا إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا مِنَ الْمَجْلِسِ وَتَحدث قَطْعاً لِذَلِكَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَيْهَا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِهَذَا الْمَوْضِعِ إِجْمَاعٌ».

قال الماوردي: إذا جعل إليها طلاق نفسها فهو تمليك، يراعى فيه تعجيل القبول، والقبول أن تطلق نفسها فتملك بتعجيل الطلاق ما ملكها، وإذا كان كذلك فقد قال الشافعي هاهنا: إن طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس أو يحدث قطعاً لذلك، وقع الطلاق عليها، فجعل وقوع الطلاق عليها مقيداً بشرطين:

أحدهما: أن يكون قبل افتراقهما عن مجلسهما.

والثاني: أن يكون قبل أن يحدثا ما يقطع ذلك من قول أو فعل، فلم يختلف أصحابنا أنها متى طلقت نفسها بعد افتراقهما عن المجلس، لم تطلق، ومتى طلقت نفسها في المجلس بعد أن حدث تشاغل بغيره من كلام أو فعال لم تطلق.

واختلف أصحابنا هل يكون خيارها ممتداً في جميع المجلس أو يكون على الفور؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا، وفي «الإملاء» أنه ممتد في جميع المجلس، فمتى طلقت نفسها فيه طلقت، وإن تراخى الزمان.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي والمحققين من أصحابنا: أنه على الفور في المجلس، لأنه قبول تمليك، فأشبه القبول في تمليك البيع والهبة، وإطلاق الشافعي من محمول على هذا الشرط، لأن أصوله مقررة عليه، ولأنه ذكر الإجماع فيه، أنها إذا طلقت نفسها على هذه الصفة، كان إجماعاً ولا يكون إلا أن يتجعل على الفور من غير مهلة.

وقال مالك في إحدى روايتيه: لها أن تطلق إلى شهر، وفي الرواية الثانية: ما لم تمكنه من وطئها، وكلا القولين مردود ومدفوع بما ذكرنا من التعليل.

فصل: وإذا ملكها طلاق نفسها، ثم رجع في التمليك، قبل أن تطلق نفسها صح رجوعه وبطل تمليكه، فإن طلقت نفسها لم تطلق، وقال أبو حنيفة ومالك وأبو علي بن خيران من أصحابنا: ليس له الرجوع، وإذا طلقت نفسها بعد رجوعه طلقت، استدلالاً بأنه طلاق معلق بصفة، فلم يملك الزوج الرجوع فيه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه لا يملك إبطال هذه الصفة وتطلق متى دخلت الدار.

ودليلنا هو أنه تمليك للطلاق لوقوفه على قبولها، وللمالك وبعد بذله أن يرجع فيه قبل قبوله منه، كما يرجع في بذل الهبة والبيع، قبل قبولهما منه، وخالف تعليق طلاقها بدخول الدار، لأنه لا يقف على قبولها، وليس لها إبطال ذلك على نفسها، فلم يكن له إبطال ذلك عليها، وليس كالتمليك الذي لها أن تبطله على نفسها، فكان له إبطاله عليها، وإذا صح رجوعه كما ذكرنا، فمتى طلقت نفسها بعد علمها برجوعه، كان في وقوع طلاقها وجهان، من الوكيل في القصاص إذا لم يعلم بالرجوع حتى اقتص والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَإِنْ مَلَّكَ أَمْرَهَا غَيْرُهَا فَهَذِهِ وِكَالَةٌ مَتَى أَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَقَعَ وَمَتَى شَاءَ الزَّوْجُ رَجَعَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال والوكالة في الطلاق جائزة، لأن فاطمة بنت قيس طلقها وكيل زوجها، بمشهد رسول الله ﷺ، فأمضاه، ولأنه لما جازت الوكالة في النكاح مع تغليظ حكمه كان جوازها في الطلاق أولى، فإذا وكل رجلاً عاقلاً جاز، سواء كان حراً أو عبداً، مسلماً أو كافراً، ولا يجوز أن يوكل مجنوناً ولا صغيراً، لأنه لا حكم لقولهما، وفي جواز توكيله لامرأة وجهان مضيا في الخلع، ثم الوكالة على ضربين:

أحدهما: أن تكون مطلقة وهو أن يقول: قد وكلتك في طلاق زوجتي فلانة، فله أن يطلقها على الفور والتراخي بخلاف ما لو ملكها الطلاق لنفسها، لأن هذه نيابة وذاك تمليك، فإن ذكر له من الطلاق عدداً لم يتجاوزه، فلو قال له: طلقها ثلاثاً فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً، ولو قال لها: أنت طالق ونوى أن يكون ثلاثاً فيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن نية الثلاث تقوم مقام التلفظ بالثلاث.

والوجه الثاني: لا تطلق ثلاثاً ولا تقوم نيته مقام نية الزوج، لأن الزوج مدينٌ في الطلاق معمول على نيته فيه، والوكيل غير مدين في الطلاق فلم يعمل على نيته فيه، وهكذا لو طلقها الوكيل بالكناية مع النية، كان على هذين الوجهين، فلو وكله أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، ففي وقوعها وجهان:

أحدهما: يقع، لأنه بعض ما وكل فيه.

والوجه الثاني: لا يقع لأنه وكل في طلاق بائن، وهذا الطلاق غير بائن فصار غير ما وكل فيه، فلو وكله أن يطلقها واحدة، لم تقع الثلاث، وفي وقوع الواحدة وجهان: لو وكله في طلاق واحدة من نسائه ولم يعينها له ففيه وجهان:

أحدهما: أن أيتهن طلقها صح، لأن وقوع الطلاق المبهم جائز، فكان التوكيل فيه جائزاً.

والوجه الثاني: أنه يجوز أن يطلق واحدة قبل أن يعينها الزوج، فإن طلق واحدة منهن قبل تعيينها لم تطلق، لأن إبهام الطلاق من جهة الزوج يجوز، لأنه موقوف على خياره في التعيين، ومن جهة الوكيل لا يجوز لأنه غير موقوف على خياره في التعيين.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الوكالة مقيدة، وهو أن يوكله في طلاقها على صفة، وهو أن يأمره أن يطلقها في يوم الخميس، فلا يجوز أن يطلقها إلا فيه، فإن طلقها في غيره لم تطلق، أو يأمره أن يطلقها للسُّنَّة، فإن طلقها للبدعة لم تطلق، أو

يأمره أن يطلقها للبدعة، فإن طلقها للسنة لم تطلق، فلو قال له: طلقها إن شئت لم يقع طلاقه حتى يقول قد شئت ولا يكون إيقاعه للطلاق مشيئة منه، لأنه قد يوقع الطلاق بمشيئة وغير مشيئة، والمشيئة لا تعلم إلا بالقول. وليس من شرط مشيئته الفور، بخلاف ما لو علق الطلاق بمشيئتها، لأن تعليقه للطلاق بمشيئتها، تمليك فروعِيَ فيه الفور، وتعليقه للطلاق بمشيئته صفة، فلم يراع فيها الفور، ولأنه جعل إليها طلاقها إذا شاء، فلما جاز أن يطلقها على الفور والتراخي جاز أن تكون مشيئته مع الطلاق المتراخي، لكن من صحة مشيئته أن يخبر بها الزوج قبل طلاقه فإن أخبر بها غيره ثم طلق لم يقع، لأنه إذا كان إخباره بها شرطاً، كان إخبار الزوج بها أحق، وأولى أن يكون شرطاً، فلو قال له: طلقها إن شاءت، روعيت مشيئتها عند عرض الوكيل الطلاق عليها، فإنه لا يجوز أن يطلقها إلا بعد عرض الطلاق عليها وسؤالها عن مشيئتها، فتصير حينئذ مشيئتها معتبرة على الفور، فإن عجلها وقع الطلاق، وإذا أوقعه الوكيل بعدها، سواء أوقعه على الفور أو على التراخي، فإن تراخت مشيئتها، لم يقع الطلاق بعدها، لفساد المشيئة.

فصل: وليس للوكيل في الطلاق أن يوكل غيره فيه، فإن وكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة وجعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها، فأيهما سبق بطلاقها ثلاثاً، بطلت وكالة الآخر ولو جعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها واحدة فإذا سبق أحدهما فطلقها واحدة لم تبطل وكالة الآخر وجاز له أن يطلقها أخرى، والفرق بينهما ما صح. وهكذا لو وكل واحداً في طلاقها ثلاثاً ثم بادر الزوج فطلقها ثلاثاً بطلت الوكالة.

ولو طلقها الزوج واحدة، كانت الوكالة بحالها في الطلقتين الباقيتين، وإن طلقها الوكيل ثلاثاً وقع منهما طلقتان، لأنهما الباقيتان من طلاق الزوج، بعد الواحدة التي أوقعها ولو وكله في طلاقها واحدة ثم طلقها الزوج واحدة، لم تبطل الوكالة ما لم تنقض العدة، فإن طلقها الوكيل واحدة في العدة، طلقت سواء راجعها الزوج من طلقته، أو لم يراجع، فلو انقضت عدتها من طلقة الزوج ثم استأنف نكاحها ففي بقاء الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها وجهان:

أحدهما: الوكالة باقية وطلاق الوكيل لها واقع.

والوجه الثاني: أن الوكالة قد بطلت وطلاقه غير واقع، وهذان الوجهان من اختلاف قوليه في عقد الطلاق في نكاح، هل يجوز أن يقع في غيره أم لا.

فصل: فإذا رجع الزوج عن الوكالة أو جن أو مات، لم يكن له أن يطلق، فإن طلق لم يقع، فلو لم يعلم الوكيل بجنون موكله أو موته فطلق، لم يقع طلاقه، لأن

الطلاق لا يصح أن يقع عن زوج ميت، أو مجنون، ولو لم يعلم الوكيل برجوع الزوج حتى طلق، كان في وقوع طلاقه قولان من اختلاف قوليه في الموكل في القصاص، إذا اقتص قبل العلم بالعفو.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ جَعَلَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثاً فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَإِنَّ لَهَا ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، طلقت واحدة، وقال مالك إذا قال طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة لا يقع شيء وإذا قال: طلّقي واحدة فطلقت ثلاثاً، وقعت الثلاث، وعنه لا تطلق استدلالاً بأن قبولها بعض ما ملكها موجب لفساد القبول، وبطلان التمليك كما لو باعها عبدين بمائة فقبلت أحدهما لم يصح.

ودليلنا هو: أن من ملك إيقاع الطلاق الثلاث ملك إيقاع الطلقة الواحدة كالزوج.

وأما استدلاله بتبعيض القبول في البيع، فإنما لم يصح، لأن البذل إنما كان في مقابلة ثمن لم يحصل له بالتبعيض، فلذلك لم يصح قبول البعض، ولولا الثمن لصح، ألا ترى لو وهب لها عبدين، فقبلت إحداهما صح، فكذلك الطلاق.

فصل: فإذا جعل إليها أن تطلق نفسها واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً، طلقت واحدة. وقال أبو حنيفة: لا تطلق، لأن ما عدلت إليه غير مأذون فيه، فلم يجز.

ودليلنا هو: أنه إذا اجتمع في طلاقها مأذون فيه وغير مأذون فيه، لم يمنع غير المأذون فيه من وقوع المأذون فيه، كما لو جعل إليها طلاق نفسها، فطلقت نفسها وضرائرها، وادعى فيه أن الواحدة لا تتميز عن الثلاث، غير صحيح لأن المأذون فيه متميز عن غير المأذون فيه وربما حكي هذا القول عن أبي حنيفة والأول عن مالك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَقَالَ فِيهِ وَسَوَاءٌ قَالَتْ طَلَّقْتُكَ أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي إِذَا أَرَادَتْ طَلَاقاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا جعل إليها طلاق نفسها، فإن قالت قد طلقت نفسي، طلقت وكان هذا صريحاً لا يفتقر إلى نيتها.

وإن قالت: قد طلقتك كانت كناية يقع به الطلاق إذا نوته، وقال أبو حنيفة: لا يقع به الطلاق وإن نوته، وقد مضى الكلام في هذه المسألة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَ بِلِسَانِهِ وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ وَلَمْ يَكُنْ الِاسْتِثْنَاءُ إِلاَّ بِلِسَانِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن الاستثناء في الطلاق على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يصح مضمراً ومظهراً.

والثاني: ما لا يصح مضمراً، ولا مظهراً.

والثالث: ما يصح مظهراً ولا يصح مضمراً.

فأما ما يصح إظهاره وإضماره فهو ما جاز أن يكون صفة للطلاق، أو أمكن أن يكون حالاً للمطلقة، فالذي يجوز أن يكون صفة للطلاق مثل قوله: أنت طالق من وثاق، أو مسرحة إلى أهلك، أو مفارقة إلى المسجد فإن أظهره بلفظه صح وحمل عليه في الظاهر والباطن، ولم يلزمه الطلاق، لأنه وصفه بما يجوز أن يكون من صفاته، في غير الطلاق فلذلك لم يقع به الطلاق، وإن لم يظهره في لفظه وأضمره في نيته صح إضماره، ودين فيه ولم يلزمه الطلاق في الباطن، اعتباراً بالمضمر، ولزمه الطلاق في الظاهر، اعتباراً بالمظهر، وأما الذي يمكن أن يكون حالاً للمطلقة فمثل قوله أنت طالق إلى رأس الشهر، ولو دخلت الدار، أو إن كلمت زيداً، فإن أظهر ذلك بلفظه عمل عليه في الظاهر، ولم يقع عليها الطلاق إلا على الحال التي شرطها، وإن أضمره بقلبه، ولم يظهره بلفظه دين فيه، وفي الباطن فلم يلزمه الطلاق إلا بذلك الشرط، اعتباراً بإضماره ولزمه الطلاق في ظاهر الحكم اعتباراً بإظهاره، فهذا ضرب.

فصل: وأما ما لا يصح إضماره ولا إظهاره، فهو ما كان فيه إبطال ما أوقع ونفي ما أثبت، كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق إلا أنت، فالطلاق واقع والاستثناء باطل في إظهاره باللفظ وإضماره بالقلب، لأن وقوع الطلاق يمنع من رفعه، لا سيما مع قول النبيّ ﷺ «ثَلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ».

والفرق بين هذا حيث بطل وبين الضرب الأول حيث صح: أن ذاك صفة محتملة وحال ممكنة، يبقى معها اللفظ على احتمال مجوز، وهذا رجوع لا يحتمل ولا يجوز، وإذا بطل هذا الاستثناء بما عللنا، وقع الطلاق ظاهراً وباطناً.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو ما يصح إظهاره ولا يصح إضماره، فهو الاستثناء من العدد، أو الشرط الواقع بحكم الطلاق، فالاستثناء من العدد، أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين والشرط الرافع لحكم الطلاق، أن يقول: أنت طالق إن شاء الله، فإن أظهره في لفظه متصلاً بكلامه صح، وكان محمولاً عليه في الظاهر والباطن، فلا يلزمه الطلاق إذا قال: إن شاء الله ويقع عليها طلقة واحدة، إذا قال: أنت طالق

ثلاثاً إلا اثنتين، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، فأوله موقوف على آخره، وهو كلام لا ينقض بعضه بعضاً، فصح ولو لم يتلفظ بهذا الاستثناء بلسانه وأضمره بقلبه ونوى بقوله: أنت طالق أن يكون معلقاً بمشيئة الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً ونوى إلا اثنتين، لم يصح ما أضمره من الاستثناء بمشيئة الله، ومن العدد، ووقع الطلاق ثلاثاً في الظاهر والباطن، وإنما كان صحيحاً مع الإظهار وباطلاً مع الإضمار، لأن حكم اللفظ أقوى من النية، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع لمجرد النية من غير لفظ، فإذا تعارضت النية واللفظ، يغلب حكم اللفظ لقوته على حكم النية لضعفه، فوقع الطلاق وبطل الاستثناء.

فلو قال: وله أربع نسوة: أنتن طوالق، واستثنى واحدة منهن فعزلها من الطلاق صح استثناؤه من طلاقهن، مظهراً ومضمراً، فلا يقع طلاقها إن استثناها ظاهراً بلفظه لا في الظاهر، ولا في الباطن، ولا يقع طلاقها إن استثناها، باطناً بنيته في الباطن، وإن كان واقعاً، وإن كان واقعاً في الظاهر، ولكن لو قال للأربع: أنتن يا أربع طوالق، وأراد إلا واحدة فإن استثناها بلفظه صح، وإن عزلها بنيته لم يصح، كالاستثناء من العدد لأنه قد صرح بذكر الأربع، ولم يصرح بذكرهن فيما تقدم، فلو قال لزوجته: أنت طالق وأراد بقلبه الإشارة بالطلاق إلى إصبعه دون زوجته لم يقبل منه في ظاهر الحكم، واختلف أصحابنا هل يدين في باطن الحكم فيما بينه وبين الله تعالى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدين فيه لاحتماله.

والثاني: وهو أصح: لا يدين فيه، ويلزمه الطلاق في الظاهر والباطن جميعاً لأمرين:

أحدهما: أن الإصبع لا يتوجه إليها طلاق انفصال، ولا طلاق تحريم.

والثاني: أنه أوقع طلاقاً على أن لا يكون طلاقاً فصار كقوله: أنت طالق إلا أنت، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يُرِيدُ تَحْرِيمَهَا بِلاَ طَلاَقٍ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَ جَارِيَتِهِ فَأَمَرَ بِكَفَّارَةِ يَمِينٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُمَا تَحْرِيمُ فَرْجَينِ حِلَّيْنِ بِمَا لَمْ يَحْرُمَا بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال الرجل لزوجته: أنت علي حرام، فإن أراد به الطلاق، كان طلاقاً يقع من عدده ما نواه، من واحدة أو اثنتين أو ثلاث، وإن لم ينوِ عدداً، كانت واحدة رجعية، وإن أراد به الظهار كان ظهاراً، وإن أراد به الإيلاء

لم يكن إيلاءً، لأن الإيلاء يمين، لا ينعقد بالكناية وأن أراد به تحريم وطئها لم يحرم، ولزمه كفارة يمين، وإن لم يكن له إرادة لم يتعلق به طلاق ولا ظهار ولا تحريم، وهل تجب به كفارة يمين أم لا؟ على قولين ذكرهما في «الإملاء». ولو قال لأمته: أنت علي حرام، فإن أراد به عتقها، عتقت وإن أراد تحريم وطئها لم تحرم وكفر كفارة يمين، وإن لم يكن أراد، لزمته كفارة يمين قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال على قولين كالحرة، ومنهم من خرج الحرة والأمة في وجوب الكفارة عند فقد الإرادة على ثلاثة أقاويل:

أحدهما: تجب في الحرة والأمة.

والثاني: لا تجب في الحرة ولا في الأمة.

والثالث: تجب في الأمة، ولا تجب في الحرة، لأن التحريم في الأمة أصل، وفي الحرة فرع ولا ينعقد به في الأحوال كلها يمين، هذا مذهبنا.

وقد اختلف الصحابة ثم التابعون ـ رضي الله عنه ـ في لفظ التحريم الذي يوجب إذا فقدت فيه الإرادة على ثمانية أقاويل:

أحدها: ما حكي عن أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنها يمين يجب بها إذا حنث كفارة يمين، وبه قالت عائشة والأوزاعي.

والثاني: ماحكي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنها طلقة رجعية، وبه قال الزهري.

والثالث: ما حكي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنه يكون ظهاراً تجب به كفارة الظهار وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه قال: سعيد بن جبير وأحمد بن حنبل.

والرابع: ما روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه يكون طلاقاً لا تحل منه إلا بعد زوج، وبه قال: زيد بن ثابت وأبو هريرة، وابن أبي ليلى ومالك.

والخامس: ما حكي عن ابن مسعود، وابن عمر، أنه تجب به كفارة يمين، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس وأحد قولي الشافعي، وبه قال إسحاق بن راهويه.

والسادس: ما حكي عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، ومسروق أنه لا شيء فيه. قال أبو سلمة: ما أبالي حرمتها أو حرمت ماء البئر، وقال مسروق: ما أبالي حرمتها أو حرمت قصعة تريد، وبه قال: الشعبي، وهو أحد قولي الشافعي.

والسابع: ما حكي عن النخعي أنها طلقة بائن، وبه قال: الحكم بن عيينة، وحماد بن أبي سليمان وسفيان الثوري.

والثامن: ما حكي عن أبي حنيفة، أنه يكون إيلاء، يؤجل فيه أربعة أشهر، فإن وطىء فعليه كفارة يمين، وإن لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر طلقت طلقة بائنة، فيصير قوله موافقاً لقول أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنها يمين، ثم يزيد عليه بما يعلق عليها من حكم الإيلاء، ويقول إنه لو حرم طعامه أو ماله على نفسه كان يميناً يلزمه بها كفارة يمين ولا يلزمه عند الشافعي، بتحريم طعامه وماله كفارة.

واستدل أبو حنيفة على أن التحريم يمين يوجب ما ذكره من الإيلاء والكفارة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ، تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ، قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ١، ٢]. فكان استدلالاً بذلك من وجهين:

أحدهما: أن الذي حرمه على نفسه مختلف فيه، فحكى عروة وابن أبي مليكة، أنه حرم العسل على نفسه لأنه كان يشربه عند بعض نسائه، فقالت الباقيات: نجد منك ريح المعافير، والمعافير صمغ العرفط، لأن من النحل ما يكون يرعاه، فيظهر فيه ريحه، وكان يكره ريحه، فحرمه على نفسه ثم كفَّر.

وحكى الحسن وقتادة، أنه حرم مارية على نفسه، لأنه كان خلا بها في منزل حفصة، فغارت فحرّمها ثم كفَّر، فدل على وجوب الكفارة في الإماء والطعام، وكفارة اليمين تجب في الإماء.

والثاني: أن الله تعالى قال: ﴿قَدْ فَرَضَ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ فدلّ بهذا النص على أن التحريم على يمين، وبما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»(١) وهذا نص.

ولأن ما أوجب كفارة اليمين في الزوجة والأمة، كانت يميناً توجب الكفارة في الطعام والمال كالحلف بالله تعالى.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ، تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ﴾ فأنكر الله تعالى على نبيّه ﷺ ما أحله له، فدل على أن التحريم لم يقع فبطل به قول من جعله طلاقاً وظهاراً، وقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ دليل على أنه حرم ما أحل الله له، بيمين حلف بها، فعوتب في التحريم، وأمر بالكفارة في اليمين، ولم يكن التحريم يميناً، لأن اليمين إنما يكون خبراً عن ماض ووعداً بمستقبل، فلم يجز أن يكون يميناً، ويدل على ما قلناه ما روي عن عائشة رضي الله عنها ـ قالت: آلَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ نِسَائِهِ شَهْراً، وَحَرَّمَ جَارِيَتَهُ يَوْماً بِيَمِينٍ، وَكَفَّرَ عَنْ

---

(١) أخرجه البخاري (٨/٦٥٦) (٤٩١١) ومسلم (٢/ ١١٠٠) (١٨/ ١٤٧٣).

تَحْرِيمِهِ[١]. فبطل بهـذا أن يكون التحريم يميناً، أو يصير مؤلياً، وأخبرت أنه كفر عن تحريم الجارية دون العسل، ويدل عليه من طريق الاعتبار، أن كل لفظ عربي عن اسم لله تعالى وصفته لم تنعقد به اليمين، قياساً على كنايات الطلاق والعتاق وسائر الكلام.

فأما الجواب عن الآية فهو ما قدمناه من الاستدلال بها، وقد روى الحسن وقتادة والشعبي أنه حرم مارية عى نفسه بيمين حلف بها.

وأما حديث ابن عباس عن عمر، فقد رواه عبدالله بن محرز عن قتادة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، وقد ذكر الدارقطني أن ابن محرز ضعيف، ولم يروه عن قتادة على أنه يحمل قوله: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»، أي في الحرام كفارة يمين، وأما القياس بالمعنى في الأصل أنه خالف الله تعالى فانعقدت به اليمين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ قَالَ كُلَّ مَا أَمْلِكُ عَلَيَّ حَرَامٌ يَعْنِي امْرَأَتَهُ وَجَوَارِيَهُ وَمَالَهُ كَفَّرَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْجَوَارِي كَفَّارَةَ يَمِينٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يُكَفِّرْ عَنْ مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا حرم على نفسه ما يملك من نسائه وجواريه وأمواله، فلا كفارة عليه في الأموال لما ذكرنا، وأنه لا حرمة له ولا تغليظ ولا حد في تناول محظوره، وأما نساؤه وجواريه، فإن أراد تحريم وطئهن لزمته الكفارة، وفيها قولان: أحدهما: وهو قوله في القديم، وظاهره نصه هاهنا، عليه كفارة واحدة، لأن لفظة التحريم واحدة.

والقول الثاني: عليه لكل واحدة من نسائه وجواريه كفارة، اعتباراً بأعدادهن، لأن كل واحدة منهن محرمة، ومثله من ظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة كان فيما يلزمه من الكفارة قولان:

أحدهما: كفارة واحدة، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: أربع كفارات، باعتبار أعدادهن لأن كل واحدة منهن محرمة أنه مظاهر من كل واحدة منهن.

وهكذا من قذف جماعة بكلمة واحدة، كان فيما يلزمه من الحد قولان:

أحدهما: حد واحد، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: يحد لكل واحد حد، لأنه مقذوف في عيشه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٦٤) (٢٠٦١).

وأما إذا حرمهن غير مريد لتحريم وطئهن، ففي وجوب الكفارة قولان: على ما مضى:

أحدهما: لا كفارة فيه، ويكون لفظ التحريم كناية في وجوب الكفارة، لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم.

والقول الثاني: أنه صريح في وجوب الكفارة مع فقد الإرادة، فيجب عليه به الكفارة. واختلف أصحابنا فيما يلزمه منها، فمذهب جمهورهم إلى أنها على قولين كما لو أراد به تحريم وطئهن:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: بأعدادهن.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا تجب عليه كفارة واحدة، قولاً واحداً، وفرق بينهما بأنه في إرادة التحريم، يحرم لكل واحدة منهن، فجاز اعتبار الكفارة بأعدادهن، ومع فقد الإرادة، فالحكم في الكفارة متعلق باللفظ دونهن، فلم يكن لاعتبار عددهن وجه، فلزمه كفارة واحدة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني: «وَقَالَ فِي الإِمْلاَءِ وَإِنْ نَوَى إِصَابَةً قُلْنَا أَصِبْ وَكفِّرْ».

قال الماوردي: إنما أراد الشافعي بهذا، وأن جوز تقديم الكفارة في تحريم الوطىء.

الفرق بينه وبين الظهار لأنه في الظهار تجب عليه تقديم الكفارة على الوطء، ويعصي الله تعالى إن أخرها، لقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ويجوز له في تحريم الوطء أن يقدم الإصابة ويؤخر الكفارة، وإن تقدم وجوبها على الإصابة، وجاز تعجيلها لأنها غير مقيدة بشرط.

فصل: فلو قال لنسائه: أنتن على حرام يريد تحريم وطئهن، إن أصابهن فلا كفارة عليه في الحال حتى يصيبهن، لأنه جعل التحريم مشروطاً في نيته بإصابتهن، فإذا أصابهن وجبت الكفارة عليه حينئذ ويقبل ذلك منه في الظاهر والباطن، بخلاف ما ينويه من شروط الطلاق، الذي يقبل منه في الباطن دون الظاهر، لأن هذا مما يختص بوجوب الكفارة التي هي من حقوق الله تعالى التي يدين فيها، فاستوى فيها حكم الظاهر والباطن، وليس كالكلام الذي يتعلق به حق لآدمي، فجاز أن يختلف فيه حكم الظاهر والباطن، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ فَهُوَ كَالْحَرَامِ».

قال الماوردي: إذا قال لزوجته أو لأمته: أنت عليه كالميتة والدم، أو كلحم الخنزير، فهذا قد يستعمل في كنايات الطلاق والظهار والعتق، فإن أراد به طلاقاً أو ظهاراً أو عتقاً صح، وإن لم يرد به ذلك فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يريد به تحريم الوطىء، فيكون كناية فيه فتجب به الكفارة، لأنه إذا كان كناية في الطلاق فأولى أن يكون كناية في تحريم الوطء تجب به الكفارة، وإن لم يقع به التحريم، كقوله أنت عليّ حرام، يريد تحريم الوطء.

والقسم الثاني: أن يريد به لفظ التحريم، فيجعله قائماً مقام أنت علي حرام، فإن قلنا إن الحرام صريح في وجوب الكفارة، كان هذا كناية عنه، لأن الصريح يكنى عنه، فيصير بالنية جارياً مجرى قوله: أنت علي حرام، فتكون الكفارة به واجبة، وإن قلنا إن الحرام كناية في الكفارة لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم، فلا شيء عليه في هذا، لأن الكناية ليس لها كناية.

والقسم الثالث: أن لا يريد شيئاً فلا شيء عليه، لأن الكناية مع فقد الإرادة لا يتعلق بها حكم، والله أعلم بالصواب.

فصل: وإذا قال لزوجته وهي محرمة، أو حائض أو في عدة عن طلاق رجعي، أو في ظهار لم يكفر عنه: أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها لم تجب عليه كفارة، لأن وطأها محرم عليه، وهكذا لو قال لأمته، وقد زوجها أو كاتبها. أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها، لم تلزمه الكفارة، لأن وطئها محرم عليه، وإن قال ذلك لهما: وهماعلى الحال التي ذكرنا، لا يريد تحريم وطئها، فإن جعلنا اللفظ صريحاً في وجوب الكفارة وجبت عليه، لأن الحكم يصير معلقاً باللفظ وأن جعلناه كناية فيهما، لم تجب عليه.

فصل: وإذا قال لزوجته: فرجك عليّ حرام أو قال: رأسك عليّ حرام فهما سواء وليس لذكر الفرج زيادة حكم، لأنه بعضها كرأسها، فدخلا في قوله: أنت عليّ حرام، فجرى عليه حكمه وإن كان لفظ التحريم أعم، فإن أراد بتحريم الفرج والرأس تحريم الوطء، لزمته الكفارة وإن لم تكن له إرادة فعلى قولين، ولو قال بطنك عليّ حرام، كان صريحاً في وجوب الكفارة لانتفاء الاحتمال عنه.

فصل: ولو قال: أنت عليّ حرام طالق، ولا نية له طلقت، ولم تلزمه الكفارة، وصار ما تعقب التحريم من الطلاق تفسيراً له، ولو قال: أنت عليّ حرام وأنت طالق، لم يصر الطلاق تفسيراً لاستئنافه بلفظ مبتدأ، ولزمته الكفارة في التحريم، على أحد القولين.

ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولا نية له، كان مظاهراً ولم تلزمه بالتحريم كفارة، لأنه قد تفسر إطلاقه، بقوله: كظهر أمي، فيكون ظهاراً، ولا يكون طلاقاً.

والثاني: أن يريد، الطلاق بقوله: أنت عليّ حرام، فيكون مطلقاً مظاهراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا مَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ مِثْلُ قَوْلِهِ بَارَكَ اللَّهُ فِيكِ أَوِ اسْقِينِي أَوْ أَطْعِمِينِي أَوْ ارْوِينِي أَوْ زَوِّدِينِي وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَإِنْ نَوَاهُ وَلَوْ أَجَزْتُ النِّيَّةَ بِمَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ أَجَزْتُ أَنْ يُطَلِّقَ فِي نَفْسِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ في الطلاق تنقسم ثلاثة أقسام: صريح وقد مضى، وكناية وقد تقدم، وما ليس بصريح ولا كناية، وهو هذا، كقوله: أطعميني أو اسقيني أو زوديني وما أحسن عشرتك وما أظهر أخلاقك، وما جرى مجرى هذه الألفاظ التي توضع للفرقة ولا تتضمن معنى البعد، فلا يقع بها الطلاق، سواء نواه أو لم ينوه، لأن الطلاق لوقوع بما لا يتضمن معنى الفرقة، لوقع بمجرد النية، وقد رددنا على مالك في إيقاعه الطلاق بمجرد النية، في إحدى الروايتين عنه، وهو قول محمد بن سيرين.

فأما إذا قال لها: اطعمي أو اشربي، كان كناية يقع به الطلاق، إذا نواه.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يكون كناية، كما قال أطعميني واسقيني، وهذا فاسد لأن قوله اطعمي واشربي، يتضمن معنى البعد، لأن معناه اطعمي مالَكِ واشْرَبِي شرابك وهي تفعل ذلك في الأغلب، إذاخلت من زوج، وقوله: اطعميني واسقيني، إذناً لها وتقريب، فجرى هذا مجرى قوله اقري، وليس بكناية وجرى ذلك مجرى قوله اذهبي، وهي كناية، ولو قال: تجرعي وتفصصي، كان كناية، وافق عليه أبو إسحاق، ولو قال: جرعيني وغصصيني كان فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يكون كناية، كما لو قال: اطعميني واسقيني.

والثاني: يكون كناية، لأن معناه جرعني فرقاك، وغصصتيني لبعادك، ولو قال لها: بارك الله فيك، لا يكون كناية، ولو قال: بارك الله لك، كان كناية، والفرق بينهما ما ذكرناه.

فصل: وأما إذا قال لها: أنت الطلاق، فقد اختلف أصحابنا، هل يكون صريحاً، لأن الطلاق صريح، فعلى هذا يطلق واحدة، إلا أن يريد أكثر منها.

والوجه الثاني: تكون كناية، لأنها في نفسها لا تكون طلاقاً، وإنما يقع الطلاق

عليها إذا أوقعه، فلذلك صار كناية فيرجع فيه إلى إرادته، فإن لم يرد به الطلاق لم يقع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِلَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ وَقَعْنَ مَعاً».

قال الماوردي: أما إذا طلق غير المدخول بها ثلاثاً، طلقت ثلاثاً وهو قول الجمهور، وقال عطاء بن يسار: والمغربي تطلق واحدة، لأنها قد بانت بقوله: أنت طالق، فلم يقع عليها بعد البينونة بقوله ثلاثاً شيء، وهذا فاسد، لأن وقوع الثلاث هو بقوله: أنت طالق، لاحتماله العدد، وقوله ثلاثاً تفسيراً منه للعدد المراد بقوله: أنت طالق، ولذلك جاء به منصوباً، لكونه تفسيراً، كما لو قال له: علي عشرون درهماً، صار الدرهم لكونه منصوباً، تفسيراً للعدد كذلك الثلاث تفسيراً للعدد.

وقد حكي عن عبدالله بن عمر أنه سئل عن غير المدخول بها، إذا طلقت ثلاثاً، قال عطاء بن يسار: فقلت ولاثنتين، فقال عبدالله بن عمر: وأما هي الواحدة بينتها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره.

فصل: فإذا تقرر أن طلاق الثلاث: يقع على غير المدخول بها، كوقوعه على المدخول بها فقال لها وهي غير مدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعن معاً في الحال، على أي حال كانت من حيض أو طهر، لأننا قد ذكرنا أن غير المدخول بها، لا سنة في طلاقها ولا بدعة، وليس عندنا في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وعند أبي حنيفة، أنها تطلق واحدة تبين بها ولا يقع عليها غيرها بناء على أصله، في أن طلاق الثلاث بدعة، وأن السنة فيه، أن تقع في كل قرء طلقة، وهي بالطلقة الأولى قد بانت، فلم يقع عليها غيرها، وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَتِ الْأُولَى وَبَانَتْ بِلَا عِدَّةٍ. وَاللَّهُ سُبْحانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ».

قال الماوردي: وهذا في غير المدخول بها، إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، مريداً بالثانية والثالثة الاستئناف، طلقت واحدة باللفظ الأول، ولم تقع بالثانية والثالثة لأنها بالأولى بانت.

وقال مالك: تطلق ثلاثاً إذا قال لها: متصلاً لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، وحكم أوله موقوف على آخره، فجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً، وهذا فاسد، لأنه طلاق مرتب قدم بعضه على بعض فإذا وقع ما تقدم منه منع من وقوع ما تأخر عنه،

وخالف قوله: أنت طالق ثلاثاً، لأنهن وقعن معاً باللفظ الأول من غير ترتيب، وحكي عن الشافعي في القديم: إنها تطلق ثلاثاً كقول مالك فخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، وأباه سائر أصحابنا وجعلوه جوابه عن مالك.

فصل: فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقتين ونصفاً، طلقت طلقتين ولم تقع عليها الثالثة لانفرادها عن ما قبلها بواو العطف، ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف واحدة، طلقت ثلاثاً لأن الباقي بعد الاستثناء، طلقتان ونصف بكلمة واحدة فكملت ثلاثاً.

فصل: فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، فهي طالق واحدة ليس بعدها شيء، لأنها قد بانت بالواحدة. ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا طلاق عليه، لأن وقوع الطلاق عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ما قبلها يمنع من وقوعها، فاقتضى تنافي الدور وإسقاط الجميع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنها تطلق واحدة ليس قبلها شيء، لأن وقوع ما قبلها موجب لإسقاطها، وإسقاط ما قبلها يوجب إثباتها، وإسقاط ما قبلها، ولو قال أنت طالق واحدة معها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأنهما يقعان معاً لا تتقدم إحداهما على الأخرى، فصار كقوله: أنت طالق طلقتين.

والوجه الثاني: وهو قول المزني أنها تطلق واحدة، ليس معها شيء، . لأنه قد أفردها، فصار كقوله: أنت طالق واحدة بعدها واحدة.

فصل: ولو قال لها وهي غير مدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، ثم قال لها: إذا دخلت فأنت طالق ثنتين، فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً لوقوعهن معاً في حالة واحدة.

فصل: ولو قال: إذا دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، معها واحدة، فدخلت الدار، طلقت ثنتين لوقوعهما معاً، ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، بعدها واحدة طلقت بدخول الدار واحدة، ليس بعدها شيء، لأنه رتبهما . ولو قال:

إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة قبلها واحدة، كان على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: أنها لا تطلق بدخول الدار أصلاً.

والثاني: تطلق واحدة ليس قبلها شيء.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق، فدخلت الدار ففيه وجهان:

أحدهما: أن يقع عليها بدخول الدار طلقتان، لأن كل واحدة منهما تقع بدخول الدار من غير ترتيب.

والوجه الثاني: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، كما لو قال لها مواجهة: أنت طالق وطالق، لم يقع عليها إلا واحدة، وهذا فاسد لأنه في المواجهة يترتب وفي تعليقه بدخول الدار غير مرتب ولعل قائل هذا الوجه، أوقع الواحدة، لأن المواجهة عنده، توجب الترتيب والله أعلم.

بـاب الطَّلَاق بِالْوَقْتِ وَطَلَاق الْمُكْرَه وَغَيْرِهِ مِنْ كِتَابِ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ والإِمْلَاءِ وَغَيْرِهِمَا

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَيُّ أَجَلٍ طَلَّقَ لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ وَقْتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. الطلاق يقع ناجزاً وعلى صفة، وإلى أجل، فوقوعه ناجزاً أن يقول: أنت طالق فتقع بمجرد اللفظ، ووقوعه على صفة أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن قدم زيد فأنت طالق، فلا يقع الطلاق قبل وجود الصفة، سواء بصفة مضافة إليها بدخول الدار، أو مضافة إلى غيرها كقدوم زيد، وهذا متفق عليه.

وأما تعليقه بأجل فكقوله: أنت طالق إلى بعد شهر، أو إلى سنة، أو رأس الشهر فلا يقع الطلاق عليها قبل حلول الأجل، سواء كان الأجل معلوماً أو مجهولاً وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء، وقال مالك: يقع الطلاق معجلاً، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه يصير نكاحاً إلى مدة وهذا باطل كالمتعة.

والثاني: أن عقد التحريم إلى أجل، يوجب تعجيله كالمكاتبة لما أوجبت الكتابة تحريمها بالعتق بعد الأداء، تعجل تحريمها بنفس الكتابة قبل الأداء.

ودليلنا هو أنه تعليق طلاق بشرط، فوجب أن لا يقع قبل وجود الشرط، قياساً على تعليقه بموت زيد، فإن قيل فموت زيد مجهول الأجل، قيل إذا ثبت فيه لأجل المجهول كان ثبوت الأجل المعلوم أحق، ولأنه إزالة ملك لو علق بأجل معلوم مجهول، لم يزل قبله وجب، وإذا علق بأجل معلوم أن لا يزول قبله كالعتق، ولأنه أجل لو علق به العتق لم يقع قبله، فوجب إذا علق به الطلاق أن لا يقع قبله كالمجهول، أما قياسه على المتعة لأنه نكاح إلى مدة فغلط، لأن النكاح، عقد يتمنع فيه دخول الأجل، ففسد بالمعلوم والمجهول والطلاق حد لا يفسد بالأجل المجهول، فكان أولى أن لا يفسد بالأجل المعلوم، على أن دخول الأجل في النكاح مبطل له، فلو كان الطلاق مثله، لكان دخول الأجل فيه مبطلاً له دون النكاح، ومالك يجعله مبطلاً للنكاح دون الطلاق.

وأما الكتابة فلا يصح الاعتبار لها، لأن المكاتبة قد ملكت نفسها وملك المال عليها فلم يجز أن يجمع بين ملك المال عليها وملك الاستمتاع بها كالخلع، وخالف

الطلاق المؤجل لأنه لا يملك عليها ما يمنع من بقاء ملكه على الاستمتاع بها فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، من أن الطلاق المؤجل لا يتعجل فلا فرق بين أن يقول لها: أنت طالق بعد شهر، وبين أن يقول لها: أنت طالق إلى شهر، في أنها زوجة في الحالين ويقع الطلاق عليها قبل شهر، وإن قال: أنت طالق إلى شهر، وقع الطلاق عليها في الحال لأنه جعل ذلك أجلاً، لمدة الطلاق، ولم يجعله شرطاً في وقوعه، وهذا فاسد، بل كلا الأمرين شرط، والطلاق فيهما مؤجل بعد شهر، لأنه لا فرق بين قول القائل: أنا خارج بعد شهر وبين أن يقول: أنا خارج إلى شهر، في أن الشهر أجل لكون الخروج بعده.

فصل: قال الشافعي في «الإملاء»: ولو قال لها: أنت طالق رأس الشهر، ثم قال لها: أنت طالق، تلك الطلقة الآن، فإن أراد به تعجيلها، طلقت واحدة، لأنه قد عجل ما أجل، فكان أغلظ، وإن أراد رفع تلك وإيقاع هذه، طلقت طلقتين، لأنه لا يملك رفع الطلاق المؤجل ولا المعلق بصفة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ فِي شَهْرِ كَذَا أَوْ فِي غُرَّةِ هِلَالِ كَذَا طُلِّقَتْ فِي المَغِيبِ مِنَ اللَّيْلَةِ الَّتِي يَرَى فِيهَا هِلَالَ ذَلِكَ الشَّهْرِ».

قال الماوردي: أما إذا قال لها: أنت طالق في شهر رمضان، طلقت بدخول أول شهر رمضان، وذلك بأول جزء من الليلة التي يرى فيها هلال رمضان، وقال أبو ثور: لا تطلق إلا في آخر جزء من شهر رمضان، ليستوعب به الصفة التي علق به طلاقها، وهذا فاسد، لأن الطلاق المعلق بالصفة يقع بأول وجود الصفة، كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، تطلق بدخول الدار كذلك إذا علقه بشهر رمضان، وجب أن تطلق بأول دخوله فإذا صح ما ذكرنا من طلاقها بدخول أول جزء من شهر رمضان، وذلك بعد غروب الشمس من أول ليلة يرى فيها هلاله فقال: أردت بقولي أنت طالق في شهر رمضان، وقوع الطلاق عليها في آخره دِينَ فيه، وحمل فيما بينه وبين الله تعالى عليه لاحتماله، وألزم في ظاهر الحكم، وقوع الطلاق في أوله اعتباراً بظاهر لفظه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في أول شهر رمضان طلقت عند غروب الشمس في أول ليلة منه، كالذي قلنا بوفاق أبو ثور هاهنا، فلو قال: أردت أن تكون طالقاً في آخره لم يدين فيه، ولزمه في الظاهر تعجيله في أوله، لأن آخره لا ينطلق عليه اسم أوله.

ولو قال: أردت في آخر يوم من أوله دين فيه لاحتماله، وأنه من أوله. ولو قال:

أردت في آخر النصف الأول منه فهل يدين فيه أم لا؟ على وجهين من مسألة نذكرها فيما بعد.

ولو قال: أنت طالق في غرة شهر رمضان، طلقت بدخول أوله على ما ذكرنا، فلو قال أردت وقوع الطلاق في آخره، لم يدين فيه، لأنه لا ينطلق اسم الغرة عليه.

ولو أراد وقوعه في أول يوم منه، وثانيه وثالثه، دين فيه؛ لأن الثلاث الأول من الشهر من غرته لقولهم: ثلاث غرر، وثلاث بهر، فلو قال: أنت طالق مستهل شهر رمضان، طلقت بغروب الشمس في أول ليلة منه، فإن أراد به ما بعد اليوم الأول منه، لم يدين فيه، لأنه ليس من مستهله، وإن أراد اليوم الأول إلى آخره دين فيه، لأنه مستهل أيامه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في آخر شهر رمضان، أو في انسلاخ شهر رمضان، أو في انقضاء شهر رمضان طلقت بغروب الشمس في آخر يوم منه، لأن أول الشهر يكون بدخول الليل وآخره بخروج النهار، لأن الشهر يجمع الليل والنهار، فإن قيل إنما يجمعهما لغةً، والشرع يخص النهار منهما، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]. فأوجب الشرع صوم النهار دون الليل، فكان النهار هو الشهر الشرعي، وكان أولى أن يتعلق به حكم الشرع، قيل قد جاء الشرع بجمع الليل والنهار، قال الله تعالى: ﴿والَّلائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ، فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]. وهي تعتد فيها الليل والنهار جميعاً، فلم يكن لتعليق الحكم بأحدهما وجه، ما لم يخصه دليل.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق في أول آخر الشهر ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تطلق بغروب الشمس من الليلة السادسة عشرة منه لأن آخر الشهر نصفه الثاني، وأول النصف الثاني غروب الشمس من أول الليلة السادسة عشرة، وهو قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: أنها تطلق بطلوع الفجر في آخر يوم منه، فإن كان الشهر كاملاً، فهو يوم الثلاثين وإن كان الشهر ناقصاً، فهو يوم التاسع والعشرين، لأن آخر الشهر هو آخر يوم منه، وأول اليوم طلوع فجره.

فصل: ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس أنها تطلق بغروب الشمس في اليوم الخامس عشر، لأن أول الشهر نصفه الأول، وآخره غروب الشمس في الخامس عشر منه.

والوجه الثاني: تطلق بغروب الشمس في أول يوم منه، لأن أوله اليوم الأول وآخره غروب شمسه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في أول آخر أول الشهر، فعلى قول أبي العباس: تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر، لأن عنده أن أول آخر الشهر، أول الليلة السادسة عشر فكان آخرها طلوع الفجر من يومها.

والوجه الثاني: تطلق بغروب الشمس في آخر يوم منه، لأن أول آخره على هذا الوجه، طلوع الفجر من آخر أيامه، فكان آخره غروب شمسه.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق في أول آخر أول الشهر، فعلى قول أبي العباس: تطلق بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر، لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره.

وعلى الوجه الثاني: تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول أيامه، فكان أوله طلوع الفجر.

فصل: ولو قال: أنت طالق اليوم، طلقت في وقته، ولو قال: في غد طلقت عند طلوع فجره، فلو قال: أنت طالق اليوم أو غداً، طلقت في غد، لأنه تيقن.

ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً، طلقت في الحال واحدة، ورجع إلى بيانه في غد، فإن أراد وقوع أخرى فيه، طلقت ثانية، وإن أراد وقوع طلقة في هذين اليومين، لم تطلق إلا واحدة، في اليوم وإن أراد تأخير الطلاق من اليوم إلى غد لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى، وإن لم تكن له إرادة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول العراقيين لا تطلق إلا واحدة في اليوم، لأنها إذا طلقت في اليوم فهي في غد كذلك.

والوجه الثاني: أنها تطلق في اليوم واحدة، وفي غد أخرى، لأنه معطوف على اليوم فجرى عليه حكمه تسوية بين العطف والمعطوف.

فصل: وإذا قال: أنت طالق في اليوم بعض تطليقة، وفي غد بعض تطليقة، طلقت في اليوم واحدة وسئل عن إرادته عن بعض التطليقة في غد، فإن أراد الباقي من التطليقة الأولى، لم تطلق في غد، لأنه قد عجل باقيها، بتكميل الطلقة في اليوم، وإن أراد بعض تطليقة أخرى طلقت في غد تطليقة ثانية تكميلاً للبعضين، وإن لم تكن له إرادة ففيه وجهان:

أحدهما: لا تطلق واحدة، لأنها يقين.

والثاني: تطلق تطليقتين واحدة في اليوم، وأخرى في غير تسوية بين حكم اليومين، وأن بعض التطليقة يقوم مقام التطليقة، لوجوب تكميلها بالشرع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِذَا رَأَيْتُ هِلاَلَ شَهْرِ كَذَا حَنَثَ إِذَا رَآهُ غَيْرُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ رُؤْيَةَ نَفْسِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا قال: إذا رأيت هلال شهر رمضان فأنت طالق، فإن رآه جميع الناس طلقت إجماعاً، وإن رآه الناس دونه طلقت عندنا، وقال أبو حنيفة: لا تطلق متى تراه بنفسه، لأن تعليق الحنث برؤيته لا يوجب وقوعه برؤية غيره، كما لو قال: إذا رأيت زيداً فأنت طالق، فرآه غيره، لم تطلق، وهذا فاسد، لأن الشرع قد قرر أن رؤية غيره للهلال كرؤيته، لقول النبيّ ﷺ: صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ.

ثم عليه أن يصوم ويفطر برؤية غيره، فوجب أن يكون إطلاق رؤية الشهر محمولاً على ما قيده الشرع وليس كذلك، إذا علقه برؤية زيد، لأن الشرع ما جعل رؤية الغير له كرؤيته، فعلى هذا لو قال: أردت رؤية نفس، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى، على ما نوى، ولم يحنث إلا برؤية نفسه وحنث في ظاهر الحكم برؤية غيره، فلو رآه وقد أراد رؤية نفسه في نهار آخر يوم من شعبان قبل غروب شمسه، ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث، لأنه هلال شهر رمضان وإن تقدمه.

والوجه الثاني: وقد أشار إليه الشافعي في الأم، أنه لا يحنث، لأن هلال الشهر ما كان مرئياً فيه، فلو لم ير هلال رمضان في أوله حتى صار قمراً ففيه وجهان:

أحدهما: يحنث تغليباً للإشارة، إلاَّ أن يريد حقيقة الاسم.

والوجه الثاني: لا يحنث اعتباراً بحقيقة الاسم إلا أن يريد الإشارة، واختلفوا متى يصير الهلال قمراً، فقال قوم: يصير قمراً بعد ثلاث.

وقال آخرون: إذا استدار.

وقال آخرون: إذا بهر ضوؤه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ وَقَدْ مَضَى مِنَ الْهِلاَلِ خَمْسٌ لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَمْضِي خَمْسٌ وَعِشْرُونَ لَيْلَةً مِنْ يَوْمِ تَكَلَّمَ وَأَحَدَ عَشَرَ شَهْراً بِالأَهِلَّةِ وَخَمْسٌ بَعْدَهَا».

قال الماوردي: إذا قال لامرأته إذا مضت سنة فأنت طالق فهو معتبر بالسنة الهلالية، التي هي اثني عشر شهراً بالأهلة، بكمال الشهور ونقصانها، لأن الشهر ما بين الهلالين كاملاً كان أو ناقصاً، فإن كمل فهو ثلاثون يوماً، لا يزيد عليها، وإن نقص فهو تسعة وعشرون يوماً لا ينقص منها، والأغلب من السنة الهلالية أنها ثلثمائة وأربعة وخمسون يوماً، وربما نقصت يوماً أو زادا يوماً، وقال أبو حنيفة: لا اعتبار فيها بالأهلة، وهي مقدرة ثلثمائة وستين يوماً لأنها أيام السنة عرفاً، وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ، قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]. فلم يجعل الله تعالى لأهل الإسلام علماً إلا بها، وقد يكمل ما بين الهلالين تارة وتنقص أخرى، فوجب أن يكون الاعتبار باثني عشر شهراً منها، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً﴾.

ولأنه لما كان ما يقدر بالشهور، لا يراعى فيه كمال الأيام، وجب فيما تعلق بالسنين لا يراعى فيه كمال الشهور.

فإذا ثبت هذا، لم يخل حال الوقت الذي عقد فيه هذا الطلاق من أحد أمرين.

إما أن يكون في أول شهر، أو قضاء عينه، فإن كان في أول شهر ومع رأسه هلاله، اعتبرت اثني عشر شهراً بالأهلة، فإذا طلع هلال الشهر الثالث عشر، فقد انقضت السنة، ووقع الطلاق، وإن كان في قضاء عين شهر، كأنه قال هذا: وقد مضى من الشهر خمسة أيام، فلا يخلو أن يكون هذا الشهر كاملاً، أو ناقصاً، فإن كان كاملاً، وباقيه خمس وعشرون يوماً، فإذا مضى بقية الشهر وأحد عشر شهراً بالأهلة، ومضى من الشهر الثالث عشر خمسة أيام، فقد تمت السنة، ووقع الطلاق، وإن كان الشهر الأول ناقصاً، وباقيه أربعة وعشرون يوماً، كان انقضاء السنة بأن يمضي من الشهر الثالث عشر ستة أيام، اعتباراً بكمال الشهر الأول، وإن لم يعتبر كمال غيره من الشهور، لأن فوات هلاله يوجب اعتبار كماله كالصوم، لقول النبيّ ﷺ: «صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا الْعِدَّةَ ثَلاَثِينَ».

فلو شك في وقت عقده لهذا الطلاق، هل كان في أول الشهر، أو بعد عشر مضت منه لم يلزمه الطلاق إلا بعد عشر من الشهر الثالث عشر، اعتباراً باليقين في بقاء الزوجية ولأن الطلاق لا يقع بالشك.

وهل يحرم عليه في هذا الشهر وطئها، وإن لم يقع فيه طلاقها؟ على وجهين:

أحدهما وهو الأظهر: أن وطأها لا يحرم، لأن الطلاق فيها لم يقع.

والوجه الثاني: أن وطأها يحرم للشك في استباحتها، كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية.

فصل: فلو قال: أردت بقولي إذا مضت سنة فأنت طالق السنة العددية، التي هي استكمال ثلثمائة وستين يوماً، دين في الفتيا دون الحكم، ولو قال: أردت السنة الشمسية التي هي ثلثمائة وخمس وستون يوماً ترجع الشمس بعدها، إلى البرج الذي طلعت منه، دين في الفتيا دون الحكم، لأن إطلاق التسمية في الشرع يوجب حمله في الحكم على السنة الهلالية، دون العددية والشمسية لما ذكرنا، فلم يقبل في ظاهر الحكم، لما فيه من زيادة الأجل، ودين في الفتيا لاحتماله.

ولو قال: أردت سنة التأريخ، التي أولها مستهل المحرم، وآخرها منسلخ ذي الحجة، قبل منه في الفتيا والحكم، لأنه أضر بِهِ وأقضى لأجله.

فلو وقال: إذا مضت السنة فأنت طالق حمل على ظاهر الحكم على سنة التأريخ، لأنها معهودة فإذا انقضت بانسلاخ ذي الحجة لزمه الطلاق، كان الباقي منها قليلاً أو كثيراً، فلو قال: أردت كمال سنة الأهلة دين في الفتيا، دون الحكم والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ الشَّهْرَ المَاضِي طُلِّقَتْ مَكَانَهَا وإيقَاعُهُ الطَّلَاقَ الآنَ فِي وَقْتٍ مَضَى مُحَالٌ».

قال الماوردي: اعلم أن قوله لها: أنت طالق الشهر الماضي، وأنت طالق أمس، ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أنه يريد بذلك أنه يطلقها في الشهر الماضي طلاقاً يوقعه الآن فهذا محال، ولا طلاق عليه، لأن ما مضى من النهار غير مستدرك.

والقسم الثاني: أن يريد بذلك أنه يطلقها الآن طلاقاً يقع عليها في الشهر الماضي، فالطلاق واقع، والفرق بينهما أنه في هذا القسم، وقوع الطلاق في الوقت فوقع، ولم يرد في القسم الأول وقوع الطلاق في الوقت فلم يقع، وإذا وقع الطلاق في هذا القسم فهو واقع لوقته، ولا يتقدم حكمه في الشهر الماضي.

وقال أبو حنيفة: هو متقدم الحكم، فيكون واقعاً للشهر الماضي، استدلالاً، بأنه لو علقه بوقت مستقبل لم يتقدمه، فوجب إذا علقه بوقت ماض أن لا يتأخر عنه، وهذا فاسد، لأن الطلاق إذا علق بشرط صح في المستقبل، ولم يصح في الماضي، لأنه يصح إيجاد الفعل فيما يستقبل ولا يصح إيجاده فيما مضى، ولذلك صح الأمر، فالأفعال المستقبلة دون الماضية، وصار منها خبراً، ولم يكن أمراً.

والقسم الثالث: أن يقول ذلك ولا إرادةَ لَهُ، والذي نص عليه الشافعي في كتاب

الأم، ونقله المزني إلى هذا الموضع، أن الطلاق واقع، لأنه أوقع الطلاق على صفة مستحيلة، فوقع الطلاق وألغيت الصفة، كما لو قال: لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة أنت للسنة أو للبدعة طلقت في الحال من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

قال الربيع: وفيها قول آخر؛ أنه لا طلاق عليه، واختلف أصحابنا فيه، فكان أبو علي بن خيران يجعله قولاً ثانياً للشافعي تعليلاً بأن تعليق الطلاق بالصفات المستحيلة لا يوجب وقوعه وإلغاء الصفة، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء، أو شربت ماء البحر لم يقع الطلاق عليها لاستحالة صعود السماء وشرب ماء البحر كذلك قوله أنت طالق في الشهر الماضي لا يجب وقوعه في الحال لاستحالة وقوعه في الشهر الماضي.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه مذهب للربيع، وليس بقول للشافعي، وفرقوا بين المسألتين أن استحالة صعود السماء وشرب ماء البحر، لأنه بخلاف العادة لا أنه غير داخل في القدرة، فلذلك صار صفة معتبرة لا يقع الطلاق بإلغائها، وإيقاع الطلاق الحادث في الزمان الماضي مستحيل لخروجه عن القدرة، فصارت الصفة فيه ملغاة، والطلاق فيه واقعاً، على أن من أصحابنا من جمع بين المسألتين وأوقع الطلاق، إذا علقه بصعود السماء وشرب ماء البحر، لاستحالته كما إذا علقه بالشهر الماضي، والصحيح أن لا يقع، وإن كان بينهما فرق فهو ما تقدم.

فصل: ولو قال لها: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر، فإن قدم زيد بعد شهر، طلقت قبل قدومه بشهر؛ لأنه طلاق يقع بعد عقده، وإن قدم زيد قبل شهر فمن أصحابنا من يجعل وقوع الطلاق على ما قدمناه من قول الشافعي والربيع، لأنه طلاق أوقعه قبل عقده، وذهب سائر أصحابنا إلى أن الطلاق لا يقع ها هنا، قولاً واحداً.

والفرق بينهما أنه قد كان وجود الشرط ها هنا ممكناً لا يستحيل، فوجب اعتباره ووجوده فيما تقدم مستحيل، فسقط اعتباره فعلى هذا لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر، فمات بعد شهر، طلقت قبل موته بشهر؛ لوجود الشرط بعد العقد، ولو مات قبل شهر لم تطلق؛ لتقدم الشرط على العقد.

وعلى هذا لو كانت المسألة بحالها فماتت ثم مات بعدها، فلا يقع الطلاق عليها، إلا أن تموت بعد شهر، ويكون موتها قبله لأقل من شهر، ليكون الشرط مصادفاً لحياتها، فإن ماتت قبله لأكثر من شهر لم يصح الطلاق، لمصادفة الشرط بعد موتها، والطلاق لا يقع بعد الموت، وهكذا لو ماتت قبله بشهر سواء لم يقع الطلاق؛ لأنه لا يقع الطلاق عليها مع الموت، كما لا يقع الطلاق عليها بعد الموت.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، ثم ماتت في أول يوم قدم زيد في آخره، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي بكر بن الحداد في «فروعه»، أن الطلاق واقع عليها؛ لأنه إذا قال لها: أنت طالق في يوم السبت، طلقت بعد طلوع فجره، فكذلك إذا قال لها: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، كان قدومه في اليوم يقتضي وقوع الطلاق فيه، فوجب أن يكون واقعاً مع طلوع فجره. وقد كانت في الحياة بعد طلوع الفجر وقبل قدوم زيد، فوجب أن يقع الطلاق عليها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: أن الطلاق لا يقع، إذا تقدم الموت على القدوم، وأن قدوم زيد يوجب وقوع الطلاق بعده، حتى لا يقع الطلاق قبل وجود شرطه وخالف تعليق الطلاق باليوم وحده، من غير تعليقة بشرط فيه، حيث وقع بطلوع فجره، لأنه في تعليقه باليوم معلق بشرط واحد، وقد وجد بطلوع الفجر فوقع الطلاق، وفي تعليقه بقدوم زيد تعليق لطلاقها بشرطين، فلم يقع الطلاق إلا بهما.

وهكذا لو قال لعبده: إذا قدم زيد، فأنت حر ثم باعه في أول يوم، قدم زيد في آخره، عتق على قول ابن الحداد، وبطل البيع، ولم يعتق على قول سريج؛ لوجود الشرط بعد صحة البيع.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيدبشهر؛ ثم خلعها وقدم زيد فإن قدم زيد قبل شهر، لم تطلق بقدومه، وصح الخلع، وإن قدم زيد بعد شهر، فإن كان الخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر صح الخلع، ولم تطلق بقدوم زيد؛ لأنها باتت بالخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر.

فإن كان الخلع قبل قدوم زيد بأقل من شهر، وقدم زيد بعد عقد الطلاق بأكثر من شهر طلقت بقدوم زيد، وبطل الخلع، لتقدم الطلاق وتقدم زيد على الخلع، فصار الخلع واقعاً بعد وقوع الطلاق عليها بقدوم زيد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ مِنْ غَيْرِي لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إلاَّ أَنْ يُعْلَمَ أَنَّهَا كَانَتْ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ مُطَلَّقَةً مِنْ غَيْرِهِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي نَحْوِ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا عائد إلى قوله لها: أنت طالق الشهر الماضي، وقال: أردت أنه طلقها فيه زوج كان لها قبلي، فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم صدق قوله في تقدم الزوج وطلاقه فقوله أنه أراد ذلك، مقبول لاحتماله، فإن صدقته الزوجة على إرادته فلا يمين عليه وإن أكذبته فالقول قوله مع يمينه ولا طلاق عليه.

والقسم الثاني: أن تعلم كذب قوله: وإنه لم يتقدمه زوج غيره، فالطلاق واقع، ودعواه مردودة للعلم ببطلانها.

والثالث: أن لا يعلم حالها ويجوز الأمران فيها، فيرجع إلى الزوجة، ولها حالتان:

إحداهما: أن تصدقه على تقدم زوج، وأنه أراد بالطلاق ما تقدم من طلاق الأول، فلا طلاق عليه ولا يمين لتصديقها له على الأمرين.

والحالة الثانية: أن تكذبه على تقدم الزوج، وعلى أنه طلاق غيره، فإن أقام بينه على ما تقدم زوج قبله صار القول قوله مع يمينه أنه أراد طلاق الأول، ولا طلاق عليه، وإن لم يكن له بينة على زوج قبله، كان القول قول الزوجة مع يمينها، أنه لم يكن لها زوج قبله والطلاق لازم له في ظاهر الحكم وإن كان مديناً فيه.

فصل: ولو قال: أردت بقولي لها أنت طالق في الشهر الماضي، أنني كنت طلقتها فيه واحدة ثم راجعتها، فإن صدقته الزوجة على ذلك، فلا طلاق عليه ولا يمين، وإن أكذبته فالقول قوله مع يمينه ولا طلاق عليه، والفرق بين أن يدعي طلاق زوج، فلا يقبل منه، وبين أن يدعي طلاقاً ارتجعها فيه فيقبل منه، أنه بادعاء الرجعة يوقع الطلاق في نكاحه، وبادعاء الزوج غير موقع له في نكاحه.

فصل: ثم يتفرع على تعليق الطلاق بالشهور والأزمنة فروع، فمنها أن يقول: أنت طالق في شهر قبل رمضان تطلق في شعبان؛ لأنه قبل رمضان، ولو قال: في شهر قبله رمضان طلقت في شوال، لأنه قبله رمضان، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد رمضان طلقت في شوال، ولو قال: في شهر بعده رمضان طلقت في شعبان؛ لأن دخول الهاء على قبل وبعد مخالفاً لحذفها منهما؛ تعليلاً بما يظهر في النفور من الفرق بينهما، فعلى هذا لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل رمضان، طلقت في رجب؛ لأن ما قبل رمضان شعبان، وما قبل شعبان رجب، ولو قال في شهر قبل ما قبله رمضان؛ طلقت في رمضان لأن ما قبل رمضان شوال، وما قبل شوال رمضان، وعلى هذا لو قال: أنت طالق في شهر بعد ما بعد رمضان، طلقت في ذي القعدة ولو قال: في شهر ما بعده رمضان طلقت في رمضان.

ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد رمضان، طلقت في رمضان، ولو قال في شهر قبل ما بعده رمضان، طلقت في رجب، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبل رمضان طلقت في رمضان؛ لأنه قبل ما بعده، ولو قال: في شهر بعد ما قبله رمضان، طلقت في ذي القعدة.

ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل ما بعد رمضان، طلقت في شعبان، ولو قال: في شهر قبل ما قبل ما بعده رمضان، طلقت في جمادى الآخرة، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما بعد ما قبل رمضان، طلقت في شوال، ولو قال؛ في شهر بعد ما بعد ما قبله رمضان، طلقت في ذي الحجة، ثم على هذه العبرة تعليلاً بما ذكرنا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا طَلَّقْتُكِ فَإِذَا طَلَّقَهَا وَقعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ بِابْتِدَائِهِ الطَّلَاقَ وَالْأُخْرَى بِالحَنَثِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، أو إن طلقتك فأنت طالق، أو متى طلقتك فأنت طالق، ثم قال لها: بعد ذلك أنت طالق، أو قال: أنت بائن، يريد به الطلاق أو قال: قد ملكتك نفسك، يريد به الطلاق، فطلقت نفسها، فإنها تطلق في هذه الأحوال كلها طلقتين، واحدة بالمباشرة صريحاً كان ما باشرها به، أو كناية، والطلقة الثانية بالصفة؛ لأنه جعل طلاقه لها صفة، في وقوع الطلاق عليها، وقد وجدت الصفة بقوله: أنت طالق، فوجب أن يحنث بها في وقوع الطلقة الثانية عليها، وهكذا لو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت طلقتين أحدهما بدخول الدار، والثانية بأنه قد طلقها، ولا فرق بين أن يكون الطلاق الذي أوقعه عليها، طلاق مباشرة أو طلاقاً قد علقه بصفة؛ لأنه في كلا الحالين قد طلقها فصار صفة في وقوع الطلاق الثاني عليها، ولكن لو قال لها مبتدئاً: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها: إن طلقتك، فأنت طالق، ثم دخلت الدار، لم تطلق إلا واحدة بدخول الدار، ولا تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها؛ لأنه جعل إحداثه لإيقاع الطلاق عليها صفة في وقوع الطلاق الثاني عليها، وإذا طلقت بما تقدم، لم يكن محدثاً؛ لإيقاع الطلاق عليها فلم توجد الصفة فلذلك لم يقع الحنث.

ولو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها: أنت طالق، طلقت طلقتين كالذي ذكرنا، إحداها بالمباشرة والثانية بالصفة، ولا يكون لقوله كلما تأثيرها هنا، لأن معناه كلما أحدثت إيقاع الطلاق عليك، فأنت طالق، فإذا قال لها من بعد: أنت طالق، فما أحدث للطلاق عليها إلا مرة، فلم يقع الحنث به إلا مرة واحدة.

فلو قال في هذه المسائل كلها: أردت بقولي إذا طلقتك فأنت طالق، أنها تكون طالقاً بوقوع الطلاق عليها، إخباراً عنه، ولم أرد بـه عقد طلاق بصفة، دين في الفتيا، فلم يلزمه في الباطن إلا واحدة، لاحتمال ما أراد، ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان تغليباً لحكم الظاهر.

فصل: ثم يتفرع على ما ذكرناه، أن يقول وله امرأتان حفصة وعمرة: يا حفصة كلما طلقت عمرة فأنت طالق، ويا عمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق فقد جعل طلاق كل واحدة منهما صفة في وقوع الطلاق على الأخرى، إلا أنه قدم عقد الطلاق على حفصة قبل عمرة. فإن ابتدأ فقال لحفصة: أنت طالق، طلقت حفصة واحدة مباشرة، وطلقت عمرة ثانية بالصفة وهي وقوع الطلاق على عمرة، فتطلق حفصة طلقتين وتطلق عمرة طلقة واحدة، ولو ابتدأ فقال لعمرة أنت طالق، طلقت عمرة واحدة بالمباشرة وطلقت حفصة واحدة بالصفة، ولم تطلق عمرة ثانية لوقوع الطلاق على حفصة، وإن طلقت حفصة ثانية، بوقوع الطلاق على عمرة؛ لأنه مبتدىء بعقد اليمين على حفصة، ومؤخر عقد اليمين على عمرة، فطلقت حفصة ثانية بوقوع الطلاق على عمرة، لحدوث عقد طلاقها بعد يمينه على حفصة ولم تطلق عمرة ثانية بوقوع الطلاق على حفصة، لتقدم عقد طلاقها قبل يمينه على عمرة.

فصل: وإذا كان له أربع زوجات فقال: كلما ولدت واحدة منكن فصواحبها طوالق، فولدن جميعاً، فهذا ينقسم ثلاثة أقسام نبين به حكم ما زاد عليها.

أحد الأقسام: أن يلدن معاً في حال واحدة، فتطلق كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً ويعتد بالأقراء، لأن لكل واحدة ثلاث صواحب، يقع عليها بولادة كل واحدة منهن طلقة ولذلك طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً بولادة صواحبها الثلاث، واعتددن بالأقراء، لوقوع الطلاق عليهن بعد الولادة، وأول عددهن طهرهن بعد انقضاء النفاس.

والقسم الثاني: أن يلدن جميعاً واحدة بعد واحدة، فقد اختلف أصحابنا فيما يقع عليهن من عدد الطلاق على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي بكر بن الحداد المصري، ذكره في فروعه، وتابعه عليه طائفة من أصحابنا أن الأولى تطلق ثلاثاً، وتنقضي عدتها بالأقراء، والثانية تطلق واحدة وتنقضي عدتها بالولادة، والثالثة تطلق طلقتين وتنقضي عدتها بالولادة والرابعة تطلق ثلاثاً وتنقضي عدتها بالولادة.

وإنما كان كذلك، لأن الأولى إذا ولدت طلق كل واحدة من الثلاث واحدة واحدة ولم تطلق الأولى، لأن ولادة كل واحدة صفة في وقوع الطلاق على غيرها،

وليس بصفة في وقوع الطلاق عليها فإذا ولدت الثانية، بانت بولادتها لوقوع الطلقة الأولى عليها، وطلقت بها الأولى واحدة، وطلقت بها الثالثة طلقة ثانية، وطلقت بها الرابعة طلقة ثانية.

فإذا ولدت الثالثة طلقت بها الأولى ثانية، ولم تطلق بها الثانية لانقضاء عدتها بالولادة، وطلقت بها الرابعة ثالثة، وانقضت عدتها بالولادة، بعد وقوع طلقتين عليها .

فإذا ولدت الرابعة، طلقت بها الأولى طلقة ثالثة، ولم تطلق بها الثانية والثالثة لانقضاء عددهما وانقضت عدتها بالولادة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن القاص، ذكره في «تلخيصه» ولم يساعده عليه من يعتد بقوله أن الأولى لا يقع عليها طلاق وتطلق كل واحدة من الثلاث تطليقة، لأن الأولى إذا ولدت لم يقع عليها بولادتها طلاق، ووقع على كل واحدة من الثلاث تطليقة، فإذا ولدت الثانية انقضت عدتها بولادتها ولم تطلق بها غيرها، لأنها بالبينونة خرجت عن أن تكون صاحبة لهن، وخرجن ببقائهن في العدة أن يكن صواحب لها، فلم يوجد شرط الطلاق منهن فلم يطلقن.

وكذلك إذا ولدت الثالثة انقضت عدتها، ولم يطلق بها غيرها لهذا المعنى، وكذلك الرابعة، والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن يرجع إلى إرادة الزوج بقوله كلما ولدت واحدة منكن فصواحبها طوالق.

فإن أراد الشرط، فالجواب على ما قاله ابن القاصّ ، وإن أراد به التعريف فالجواب على ما قاله ابن الحداد، وإن لم يكن له إرادة، أو فات الرجوع إلى إرادته بالموت، كان محمولاً على التعريف دون الشرط، لأن الشروط عقود لا تثبت بالاحتمال والجواز.

والقسم الثالث: أن تلد اثنتان منهن في حال معاً، ثم تلد بعدهما اثنتان في حال معاً.

فالجواب على قول أبي بكر بن الحداد أن كل واحدة من الأولتين تطلق ثلاثاً ثلاثاً وتنقضي عدتها بالأقراء، وكل واحدة من الآخرتين تطلق تطليقتين وتنقضي عدتهما بالولادة؛ لأن الأولتين إذا ولدتا طلقت كل واحدة منهما تطليقة، بولادة صاحبتها ولم تطلق بولادة نفسها. وطلقت كل واحدة من الآخرتين تطليقتين، بولادة كل واحدة من الأولتين، فإذا ولدت كل واحدة من الآخرتين، لم تطلق واحدة بولادة صاحبتها، لانقضاء عدتها بولادتهما وطلقت كل واحدة من الأولتين طلقتين بولادة الآخرتين، فاستكمل طلاق الأولتين ثلاثاً ووقع على الآخرتين تطليقتان.

والجواب على قول أبي العباس: أن كل واحدة من الأولتين تطلق واحدة واحدة بولادة صاحبتها. وكل واحدة من الآخرتين تطلق تطليقتين بولادة الأولتين.

ولا تطلق الأولتين بولادة الآخرتين؛ لأنهما قد خرجتا بانقضاء العدة بالولادة، من أن تكونا صاحبتين للأولتين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا وَقَعَ عَلَيْكِ طَلَاقِي وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً طُلِّقَتْ ثَلَاثاً وَإِنْ كَانَتْ غَيْر مَدْخُولٍ بِهَا طُلِّقَتْ بِالأُولَى وَحْدَهَا قال الشافعي وَكَذَلِكَ لَوْ خَالَعَهَا بِطَلْقَةٍ مَدْخُولاً بِهَا قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَلْطَفَ الشَّافِعِيُّ فِي وَقْتِ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ فَلَمْ يُوقِعْ إِلَّا وَاحِدَةً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون مدخولاً بها.

والثاني: أن تكون غير مدخول بها.

والثالث أن تكون مختلعة.

فإن كانت مدخولاً بها فمتى طلقها واحدة طلقت ثلاثاً، واحدة بمباشرته، والثانية بالصفة وهو وقوع الأولى عليها والثالثة بالثانية، لأنها قد وقعت عليها فصارت صفة في وقوع الثالثة، وهكذا لو قال لها بعد عقد هذا الطلاق أو قبله، إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً، واحدة بدخول الدار، وثانية بوقوع الأولى، وثالثة بوقوع الثانية وكانت هذه المسألة مخالفة لمسطور المسألة التي قبلها من وجهين:

أحدهما: أنه إذا قال لها في المسألة المتقدمة: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، طلقت ثنتين لا غير.

وإذا قال لها في هذه المسألة: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم طلقها واحدة طلقت ثلاثاً.

والفرق بينهما أن الشرط في الأولى، فعل الطلاق، وفي الثانية وقوع الطلاق وفعل الطلاق لم يتكرر، فلذلك لم يتكرر وقوع الطلاق به.

ووقوع الطلاق قد تكرر، فلذلك تكرر وقوع الطلاق، ولولا أن عدد الطلاق مقصور على الثلاث لتناهى وقوعه إلى ما لا غاية له، ولكن لو قال: كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ثم طلقها واحدة طلقت ثانية لا غير، كقوله كلما طلقتك فأنت طالق، لأنه قد أضاف الوقوع إلى نفسه فصار الطلاق معلقاً بفعله.

والوجه الثاني أن في المسألة الأولى إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن طلقتك فأنت طالق، فدخلت الدار لم تطلق إلا واحدة بدخولها.

وفي هذه المسألة، إن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها: إن وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت ثنتين.

والفرق بينهما أنه في الأولى جعل الشرط إحداث الطلاق فإذا طلقت بما تقدم لم يكن محدثاً له فلم تطلق وفي هذه المسألة جعل وقوع الطلاق وهو واقع من بعد وإن كان بعقد متقدم، فلذلك طلقت.

وكان بعض أصحابنا يجمع بين المسألتين والفرق بينهما بما ذكرناه أصح، ولو قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ولم يقل كلما، ثم طلقها واحدة طلقت ثنتين؛ لأن إذا لا توجب التكرار، وكلما توجب التكرار.

فصل: فإن كانت غير مدخول بها لم تطلق في هذه المسألة إلا واحدة وهي المباشرة؛ لأنها قد بانت بها، فلم يقع عليها بالصفة، بعد أن بانت طلاق.

ولكن لو قال لها وهي غير مدخول بها: إن وطئتك فأنت طالق، ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، وقدم هذا القول على تعليق الطلاق بالوطء، فكلاهما في الحكم سواء، فإذا وطئها بأن غيب الحشفة في الفرج، طلقت ثلاثاً، واحدة بالوطء، وثانية بالأولى؛ لأنها بالوطء قد صارت مدخولاً بها، تجب العدة عليها، وثالثة بالثانية.

وأما وجوب الحد عليه بوطئه مع وقوع الثالثة عليه، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون حين أولج نزع ولم يعاود، فلا حد عليه.

والثاني: أن يكون قد نزع ثم عاد، فعليه الحد.

والثالث: أن يستديمه بعد الإيلاج، من غير نزع، ففي وجوب الحد وجهان.

فصل: وإن كانت مختلعة، حين قال لها: كلما أوقعت عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، لم تطلق بالمباشرة ولا بالصفة؛ لأن المختلعة لا يلحقها طلاق.

ولو كانت غير مختلعة، فقال لها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم خالعها بطلقة واحدة، طلقت بها، ولم تطلق غيرها بوقوعها؛ لأنها قد بانت بالخلع، كما بانت بالثلاث.

فصل: ولو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم وكل في طلاقها فطلقها الوكيل واحدة، لم تطلق غيرها؛ لأن طلاق الوكيل ليس هو فعل الزوج وإن لزمه حكمه.

ولو كان قال لها: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها وكيله واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تطلق غيرها، كما لو قال لها: كلما طلقتك؛ لأن فعل الوكيل ليس من فعله.

والوجه الثاني: أنها تطلق ثلاثاً، كما لو كان هو المطلق لها، واحدة بمباشرة الوكيل وثانية بالأولى، وثالثة بالثانية، لأن طلاق الوكيل واقع من جهة الموكل، وإن لم يكن من فعله.

فصل: ولو قال وله أربع زوجات وعبيد: كلما طلقت واحدة منكن فواحد من عبيدي حر، وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران، وكلما طلقت ثلاثاً فثلاثة أعبد أحراراً، وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحراراً، فطلاق الأربع كلهن عتق عليه خمسة عشرة عبداً، ووجه ذلك أنه علق العتق بالآحاد وبالاثنين وبالثلاث وبالأربع وفي الأربع أربعه آحاد فعتق بهن أربعة عبيد، وفيهن اثنان واثنان، فعتق بهن اربعة عبيد، وفيهن ثلاث واحدة، فعتق ثلاثة عبيد وهن أربع واحدة، فعتق أربعة عبيد، فصار ذلك خمسة عشرة عبداً، أربعة وأربعة وثلاثة وأربعة، وإن شئت أن تعرف ذلك بطلاق كل واحدة منهن، فإن طلاق الأولى، يعتق به عبد واحد، وطلاق الثانية يعتق به ثلاثة أعبد؛ لأنه قد جمع فيها صفتان أنها واحدة وأنها ثانية، وطلاق الثانية يعتق به أربعة عبيد، لأنه قد اجتمع فيها صفتان، أنها واحدة، وإنها ثالثة، وطلاق الرابعة يعتق سبعة عبيد، لأنه اجتمع فيها ثلاث صفات أنها واحدة، وأنها ثانية وأنها رابعة هذا هو أصح ما قيل فيها.

ومن أصحابنا من أعتق بهن سبعة عشر عبداً، وزاد عبدين بالثالثة، وجعل فيها ثلاث صفات صفة الواحدة، وصفة الاثنتين، والثالثة وصفة الثلاث.

ومن أصحابنا من أعتق بهن عشرين عبداً، وبه قال أصحاب أبي حنيفة، وجعلوا في الرابعة أربع صفات، صفة الواحدة، وصفة الاثنتين وصفة الثلاث، لأن الثانية والثالثة والرابعة ثلاث، وصفة الرابعة، فأعتق بالأولى عبداً، وبالثانية ثلاثة، وبالثالثة، ستة، وبالرابعة عشرة وكلا المذهبين خطأ، والأول هوالأصح؛ لأن الاثنتين والثلاث إنما يتكرر بعد كمال عددها الأول.

ألا تراه لو قال: كلما أكلت نصف رمانة، فعبد من عبيدي حر فأكل رمانة، عتق

عليه عبدان، لأن الرمانة لها نصفان، ولا يجوز أن يقال: يعتق عليه ثلاثة أعبد، عبد بالنصف الأول وعبد ثالث إذا أكل الربع الثالث؛ لأنه يكون مع الربع الثاني نصفاً، وعبد ثالث إذا أكل الباقي، لأنه مع الربع الثالث يكون نصفاً، فيعتق عليه ثلاثة أعبد، ويكون هذا فاسد؛ لأنه لا يكون نصف ثان إلا بعد كمال النصف الأول، فلا يكون في الواحد أكثر من نصفين، كذلك الأربعة لا يكون فيها أكثر من اثنين واثنين، ولا يجوز أن يتداخل ذلك في بعض، كما لا يجوز أن يتداخل في الرمانة أحد النصفين في الآخر، وبهذا التعليل ما وهم فيه أبو الحسن بن القطان من أصحابنا ولم يعتق عليه في هذه المسألة، إلا عشرة أعبد، واحد واثنين وثلاثة وأربعة، وهذا وهم فاسد؛ لأن العدد لا يتداخل في مثله، ويجوز أن يتداخل في غيره، والآحاد موجودة في الأربعة فتضاعفت، والاثنان تتضاعف في الأربعة، ولا تضاعف الاثنتان من اثنين، ولا الثلاثة من ثلاثة، ففسد ما قاله بن القطان في اقتصاره على عتق عشرة، كما فسد ما قاله غيره في عتقه سبعة عشرة وفي عتقه عشرين، وكان الصحيح عتق خمسة عشرة عبداً من الوجهين المذكورين في التعليل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إذا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَى مَالَمْ أُطَلِّقْكِ فَسَكَتَ مُدَّةً يُمْكِنُهُ فِيهَا الطَّلَاقُ طُلِّقَتْ وَلَوْ كَانَ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى نَعْلَمَ أَنَّهُ لَا يُطَلِّقُهَا بِمَوْتِهِ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَرَّقَ الشَّافِعِيّ بَيْنَ إِذَا وَإِنْ فَأَلْزَمَ فِي إِذَا لَمْ نَفْعَلْهُ مِنْ سَاعَتِهِ وَلَمْ يلْزمْهُ فِي إِنْ إِلَّا بِمَوْتِهِ أَوْ بِمَوْتِهَا».

قال الماوردي: اعلم أن الألفاظ المستعملة في شروط الطلاق سبعة. إن وإذا ومتى وما وأي وقت وأي زمان وأي حين، ولها إذا استعملت في شروط الطلاق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تتجرد عن عوض، وأن لا يدخل عليها لم الموضوعة للنفي، .

والحال الثانية: أن لا يقترن بها العوض، .

والحال الثالثة: أن تدخل عليها لم الموضوعة للنفي.

فأما القسم الأول: وهو أن تتجرد الألفاظ السبعة عن العوض، ولا تدخل عليها لم، فلا تكون هذه الألفاظ السبعة مستعملة إلا في تعليق الطلاق بوجود الشرط، فيعتبر بوجود ذلك الشرط أبداً ما لم يفت من غير أن يراعى فيه الفور، ويكون على التراخي، فإذا وجد الشرط وقع به الطلاق، إذا كان قبل موت أحدهما بطرفة عين.

فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإذا دخلت الدار أو متى ما دخلت، أو أي وقت دخلت الدار، أو أي زمان دخلت الدار، أو أي حين دخلت الدار، فأنت

طالق كانت هذه الألفاظ السبعة كلها على التراخي لتعلقها بوجود شرط، لا يختص بزمان دون غيره فمتى وجد الشرط قريباً أو بعيداً تعلق به الحكم، ووقع به الطلاق إذا كان قبل الموت، فلو لم تدخل الدار حتى مات الزوج، ثم دخلت لم تطلق، وإن كان الشرط موجوداً؛ لأن الطلاق لا يقع بعد موت الزوج، فصار الشرع رافعاً لحكم الشرط بالموت، فإن قبل فقد قلتم في كتاب الخلع إذا قال لها: أنت طالق إن شئت أنه على الفور، وأنت طالق إذا شئت، أنه على التراخي وسويتم ها هنا بين قوله، أنت طالق إن دخلت الدار، وأنت طالق إذا دخلت الدار، أنهما على التراخي، قيل: قد ذكرنا في كتاب الخلع الفرق بين قوله: «أنت طالق إذا شئت أنه على التراخي»، «وأنت طالق إن شئت أنه على الفور».

فأما الفرق بين قوله: أنت طالق إن دخلت الدار، فيكون على التراخي، وبين قوله أنت طالق إن شئت، فيكون على الفور، وهو أنه إذا علق الطلاق بمشيئتها، فهو تخيير ومن حكم التخيير أن يكون على الفور، وإذا علته بدخول الدار، فهو صفة مشروطة، يتعلق الحكم بها متى وجدت، فلذلك صار على التراخي.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يقترن بها العوض، فينقسم حكم الألفاظ السبعة بدخول العوض عليها قسمين:

أحدهما: ما يكون مع اقتران العوض به على التراخي أيضاً، وهو خمسة ألفاظ متى، ومتى ما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين، فإذا قال: فإذا قال: متى أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، أو متى ما أعطيتني، أو أي وقت أعطيتني، أو أي زمان أعطيتني أو أي حين أعطيتني، كان الحكم في هذه الألفاظ الخمسة كلها على التراخي، ففي أي وقت أعطته الألف من عاجل أو آجل طلقت.

والثاني: ما يصير باقي العوض به على الفور، وهو لفظتان إن وإذا، فإذا قال؛ إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، روعي في وقوع الطلاق، بدفعها أن يكون على الفور، في الزمان الذي يصح فيه الفور، وإنما كان كذلك لأن إذا وإن من حروف الصفات، فإذا اقترن بها العوض صار الحكم له، وصارا من صفاته، ومن حكم المعاوضات أن يكون قبولها على الفور، وليس كذلك ما قدمناه من الألفاظ الخمسة؛ لأنها أسماء صريحة في الوقت، فصار حكمها لقوته أغلب من حكم العوض، فصارت على التراخي، لتساوي الأوقات فيها، وصار كالقياس الذي إن قوي على تخصيص العموم، وبيان المجمل ضعف من مقابلة النص وتغيير حكمه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يدخل على الألفاظ السبعة، لم الموضوعة للنفي، فتنقسم أيضاً قسمين:

أحدهما: وهو خمسة ألفاظ تصير بدخول لم عليها، موجبة للفور، وإن كانت قبل دخولها موجبة للتراخي، وهي متى، ومتى ما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين، فإذا قال: متى لم تدخلي الدار، فأنتِ طالق أو متى ما لم تدخلي الدار، أو أي وقت لم تدخلي، أو أي زمان لم تدخلي أو أي حين لم تدخلي الدار، فأنت طالق فإنها تكون على الفور فمتى مر عليها بعد هذا القول زمان يمكن دخول الدار فيه فلم تدخل طلقت، وإنما اختلف حكمها بدخول لم عليها؛ لأن إذا تجردت عن لم، فالطلاق مشروط بوجود الصفة.

ففي أي زمان وجدت وقع بها الطلاق، فصارت على التراخي، وإذَا أَدْخَلَ عليها لم الموضوعة للنفي، صار الطلاق مشروطاً بعدم الصفة، وهي معدومة في أول زمان المكنة، فلذلك صارت على الفور ووقع الطلاق.

والقسم الثاني: وهما للفظتان: إن وإذا، إذا دخل عليهما لم الموضوعة للنفي، فالذي نص عليه الشافعي، ونقله المزني ها هنا، أنه إذا قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك فسكت مدة يمكنه فيها الطلاق، طلقت فحصل ذلك على الفور، ولو كان قال: إن لم أطلقك لم يحنث حتى يعلم أنه لايطلقها بموته، أو موتها فجعل ذلك على التراخي، وفرق بين إذا وإن، فلا وجه لتسوية أبي علي بن أبي هريرة بينهما، لمخالفة النص وظهور الفرق.

وأما أبو حنيفة: سوى بين إذا وأن، في هذا الموضع في أنها على التراخي، لا يقع طلاق الحنث إلاَّ أن يفوت طلاق المباشرة بالموت فجعل حكم إذا عنده كحكم إن عندنا.

وما قاله الشافعي من أن إذا في هذا الموضع على الفور وإن على التراخي.

والفرق بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو فرق أبي حامد المروزي أن إذا موضوع لليقين والتحقيق وإن موضع للشك والتوهم لأنه يحسن أن يقال: إذا جاء يوم الجمعة جئتك، ولا يحسن أن يقال: إن جاء يوم الجمعة جئتك؛ لأن مجيء يوم الجمعة يقين وليس بمشكوك فيه، ويحسن أن يقال إن جاء المطر في يوم الجمعة أقمت، ولا يحسن أن يقال: إذا جاء المطر في يوم الجمعة أقمت؛ لأن مجيء المطر فيه شك وتوهم ليس بيقين، ولذلك قال: ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التكوير: ١] لأن تكويرها يقين، فلما كان إذا مستعملاً في اليقين والتحقيق، فإذا مضى زمان المكنة، استقر حكمه، فصار على الفور، ولما كان إن مستعملاً في الشك والتوهم، لم يستقر حكمه إلا بالفوات، فصار على التراخي.

والفرق الثاني: وهو فرق أبي القاسم الداركي: أن إذا مستعمل في الأوقات، وإن مستعمل في الأفعال ألا ترى لو قال رجل: متى تأتيني، يحسن في جوابه، أن تقول إذا شئت، . ومتى شئت ولم يحسن في الجواب أن تقول: إن شئت، فإذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، كان على الفور؛ لأن وقت المكنة قد مضى.

والفرق الثالث وهو فرق أبي الحسن الفرضي، أن إذا اسم فكان أقوى عملاً، فلذلك كان على الفور، وإن حرف فكان أضعف عملاً، فلذلك كان على التراخي.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من الفرق بين إذا وإن، فقال لها: إذا لم أطلقك فأنت طالق، فمتى أمسك عن طلاقها، بعد هذا القول، زمنا يمكنه أن يطلقها فيه بأن يقول: أنت طالق فقد طلقت، إلا أن يموت أحدهما عقيب كلامه في الحال من غير فصل يمكنه إيقاع طلاقها فيه فلا يطلق لأن زمان المكنة لم يوجد، والطلاق بعد الموت لا يقع، ولو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، لم تطلق إلا أن يفوته طلاقها بموته أو موتها، فتطلق حينئذ ثم ينظر، فإن فات الطلاق بموتها، وقع الطلاق قبل موتها بزمان يضيق عن قوله فيه أنت طالق، ولا ميراث له منها إن كان الطلاق ثلاثاً، وله الميراث إن كان دونها، وإن فات الطلاق بموته وقع الطلاق قبل وقته في آخر زمان قدرته، إذا ضاق عن قوله فيه، أنت طالق، فوقع الطلاق بموته قبل زمان قدرته وبموتها قبل زمان الموت؛ لأن الطلاق من جهته، فروعي فيه آخر أوقات الموت، إلا أن الموت يعرف آخر أوقات القدرة، وتكون كالمبتوتة في المرض فترثه، وإن كان الطلاق ثلاثاً على قول من يورث المبتوتة، فإن قيل: فإذا وجب وقوع الطلاق بالموت، فهلا منعتم من وقوعه، كما لو قال لها: إذا مت فأنت طالق فمات لم تطلق، قيل: لأن تعليق الطلاق بالموت توجد فيه الصفة بعد زوال ملكه بالموت فلذلك لم يقع. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنها صفة توجد في حال الحياة، وإن علم فواتها بالموت فلذلك وقع.

فصل: ثم يتفرع على هذه المسألة، أن يقول لها: كلما لم أطلقك فأنت طالق، فإذا مضى عليها بعد هذا القول ثلاثة أوقات، يمكنه في كل وقت منها، أن يقول لها فيه: أنت طالق فقد طلقت ثلاثاً لأن كلما موضوع للتكرار، فإذا مضى الوقت الأول، طلقت واحدة، ثم إذا مضى الوقت الثاني وهي مدخول بها طلقت ثانية، فإذا مضى الوقت الثالث طلقت ثلاثاً، ولو كانت غير مدخول بها لم تطلق إلا واحدة، لأنها قد بانت بها، وهكذا لو كانت مدخولاً بها، ووضعت حملها بعد الوقت الأول، وقبل دخول الوقت الثاني، لم تطلق غير الأولى؛ لأنها قد بانت بعدها بوضع الحمل فلم يقع عليها طلاق، ولو كانت مدخولاً بها فخالعها في الوقت الأول، طلقت بالخلع دون الحنث، ولا يقع عليها بدخول الوقت الثاني والثالث طلاق؛ لأن المختلعة بائن لا يلحقها طلاق.

فصل: فإذا قال لها: إن لم أطلقك اليوم، فأنت طالق اليوم، فلم يطلقها في اليوم حتى مضى، لم تطلق؛ لأن مضي اليوم شرط في وقوع الطلاق، ولا يقع الطلاق فيه بعد مضيه، لامتناع صفته.

فصل: ولو قال وله أربع نسوة: أيتكن وقع عليها طلاقي، فصواحبها طوالق ثم طلق واحدة منهن، طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً، لأن طلاقه للواحدة موقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة، ووقوع هذه الواحدة على كل واحدة منهن، موقع للطلاق على صواحبها وهي ثلاث كل واحدة ثلاث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدُمَ فُلَانٌ فَقُدِمَ بِهِ مَيِّتاً أَوْ مُكْرَهاً لَمْ تُطَلَّقْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: إذا قدم زيد، فأنت طالق، فلا يخلو قدوم زيد من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقدم بنفسه مختاراً للقدوم، عالماً لليمين، فالطلاق واقع، سواء قدم من مسافة بعيدة، يقصر في مثلها الصلاة، أومن مسافة قريبة لا يقصر في مثلها الصلاة، لأنه في الحالين قادم وسواء كان صحيحاً أو مريضاً؛ لأنه فعل القدوم بنفسه.

والقسم الثاني: أن يقدم بزيد ميتاً أو مكرهاً محمولاً، فلا طلاق عليه، لأنه جعل صفة الطلاق فعل زيد للقدوم، فإذا قدم بزيد ميتاً أو مكرهاً، فهو مفعول به وليس بفاعل، فلم توجد صفة الطلاق فلم يقع.

والقسم الثالث: أن يقدم زيد بنفسه مكرهاً مخوفاً غير مختار، ففي وقوع الطلاق قولان:

أحدهما: يقع لوجود القدوم منه، فاستوى فيه المكره والمختار.

والقول الثاني: لا يقع لعدم القصد، فأشبه المحمول، وهكذا حكم الإكراه على الأكل والفطر على هذين القولين.

والقسم الرابع: أن يقدم زيد، وهو غير عالم بيمين الحالف، أو علم بها، فقدم ناسياً لليمين، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون القصد باليمين منع زيد من القدوم، إما لإن زيد سلطان لا يمتنع من القدوم بيمين هذا الحالف، أو يكون مجنوناً أو صغيراً لا قصد له، فالطلاق ها هنا واقع بقدومه؛ لأنه طلاق بصفة محضة لا يراعى فيها القصد، وقد وجدت فوقع بها الطلاق كما لو قال: إذا دخل الحمار هذه الدار أو طار الغراب فأنت طالق، فدخل الحمار وطار الغراب، وقع الطلاق وإن كان من غير ذي قصد.

والضرب الثاني: أن يقصد الحالف يمينه منع زيد من القدوم؛ لأنه ممن يقبل قوله أو يتمثل أمره فهذه يمين محضة، وفي وقوع الطلاق بهـا بقدوم زيد من غير قصد ولا علم قولان، من حنث الناس في قول البغداديين.

وقال البصريون من أصحابنا: يحنث قولاً واحداً، لأن القصد إنما يراعى في فعل الحالف لا في فعل المحلوف عليه؛ لأن الحالف لا بد أن يكون ذا قصد، فجاز أن يراعي القصد في أفعاله، وقد يجوز أن يكون المحلوف عليه، غير ذي قصد، فلم يراع القصد في أفعاله والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ إِذَا رَأَيْتِهِ فَرَأَتْهُ فِي تِلْكَ الحَالِ حَنَثَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأنه قال: إذا رأيت زيداً فأنت طالق، فقد علق طلاقها برؤيتها لزيد، فإذا رأته ميتاً أو رأته مجنوناً أو مكرهاً محمولاً، وقع الطلاق لوجود الرؤية منها، فحصلت صفة الحنث، ووقع بها الطلاق فو كان زيد في مقابلة مرآة، فاطلقت في المرآة صورة زيد فيها، أو أطلعت في الماء، وزيد في مقابلة الماء، فرأت صورته فيه، لم تطلق؛ لأنها لم تره، وإنما رأت مثاله، وصار كرؤيتها لزيد في المنام فإنه لا يقع بها طلاق.

فإن رأت زيداً من وراء زجاج شفاف، لا يمنع من مشاهدة ما وراءه فإن كان حائلاً وقع الطلاق بخلاف رؤيته في المرأة، لأنها رأت ها هنا جسم زيد، ورأت في المرآة مثال زيد ولا يكون الزجاج الحائل مع وجود الرؤية من ورائه، مانعاً له منها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ حَلَفَ لاَ تَأْخُذُ مَالَكَ عَلَيَّ فَأَجْبَرَهُ السُّلْطَانُ فَأَخَذَ مِنْهُ المَالَ حَنَثَ وَلَوْ قَالَ لاَ أُعْطِيكِ لَمْ يَحْنَثْ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة مقدمة، وهي فمن حلف على نفي فعل، فوجد الفعل بغير قصد ولا اختيار، إما على وجه الإكراه وإما على وجه النسيان.

فاليمين على ضربين:

أحدهما: أن تكون معقودة على نفي فعل الحالف.

والثاني: أن تكون معقودة على نفي فعل غير الحالف، فإن كانت على نفي فعل الحالف فصورتها في الطلاق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فهل يكون قصد الدخول معتبراً في حنثه أم لا؟ على قولين: وإن كانت على نفي فعل غيره فهو أن يقول إن دخل زيد الدار فأنت طالق، اختلف أصحابنا فيه فذهب البغداديون منهم إلى أن قصد زيد للدخول هل يكون معتبراً في الحنث أم لا؟ على قولين كما يكون في فعل الحالف على قولين.

وذهب البصريون إلى أن القصد في فعل المحلوف عليه غير معتبر في الحنث قولاً واحداً وإن كان اعتباره في فعل الحالف على قولين.

والفرق بينهما ما قدمناه، من أن اليمين لا تكون إلا من ذي قصد، فجاز أن يكون القصد في فعله معتبراً، وقد يكون على غير ذي قصد، فلم يكن القصد في فعله معتبراً.

وظاهر كلام الشافعي ها هنا، أشبه بما قاله البصريون؛ لأنه قال: ولو حلف لا يأخذ مالك علي، فأجبره السلطان، فأخذ منه المال حنث، ولو قال: لا أعطيك لم يحنث، فحنثه مع فقد القصد من المحلوف عليه، ولم يحنثه مع فقد القصد من الحالف، ولو استوى القولان فيهما لسوى في الحنث بينهما.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، فقد ذكر الشافعي في هذه المسألة فصلين:

أحدهما: أن يحلف بالطلاق على صاحب دين عليه، أنك لا تأخذ مالك علي، فصار المال إليه، فله فيه خمسة أحوال:

أحدها: أن يأخذ المال مختاراً لأخذه، فالطلاق واقع سواء دفعه الحالف مختاراً أو مكرهاً أو أخذ المال بنفسه سراً أو جهراً، لأن الحنث معلق بالأخذ، وقد وجد في هذه الأحوال كلها وهكذا لو أخذ المال من وكيله أو من متطوع عليه بالقضاء حنث، بوجود الأخذ إلا أن يكون الحالف قال: لا تأخذ مني مالك علي، فإذا أخذه من غيره لم يحنث.

والحال الثانية: أن يأخذه وكيله فلا حنث على الحالف؛ لأن المحلوف عليه لم يأخذ المال، وإنما أخذه وكيله، فلم توجد صفة الحنث، وسواء أخذه الوكيل بأمره أو غير أمره.

والحال الثالثة: أن يأخذ المال عرضاً أو حوالة، فلا حنث عليه أيضاً؛ لأنه قد بدل المال ولم يأخذ عين المال، فلم توجد صفة الحنث.

والحال الرابعة: أن يأخذ السلطان المال، ويضعه في حرز صاحب الدين أو في حجره فلا حنث أيضاً، إلا أن يستأنف المحلوف أخذ ذلك من حرزه أو حجره، فيحنث الحالف حينئذ لوجود الآخذ الآن.

والحال الخامسة: أن يخوفه السلطان فيأخذ المال مكرهاً فعلى ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا، فعلى مذهب البغداديين هل يكون حنث الحالف على قولين، تسوية بين عدم الفعل من المحلوف عليه وبين علمه من الحالف، وعلى مذهب البصريين يحنث الحالف قولاً واحداً لأن القصد لا يراعى من غير الحالف، وقد وجد فوجب أن يقع الحنث.

فصل: والفصل الثاني: أن يحلف بالطلاق، أن لا يعطيه ماله فله في أخذ المال منه ستة أحوال:

أحدها: أن يدفعه إليه بنفسه مختاراً فيحنث، سواء أخذ المال منه، باختيار أو غير اختيار؛ لأن الحنث معلق بالعطاء دون الأخذ، وقد وجد فوقع الحنث.

والحالة الثانية: أن يدفع المال إلى وكيله فلا يحنث سواء أخذه الوكيل بأمره أو غير أمره؛ لأنه أعطى غيره ولم يعطه.

والحال الثالثة: أن يتولى وكيله دفع المال إليه، فلا حنث سواء دفعه الوكيل بأمره أو غير أمره؛ لأن المعطي غيره.

والحال الرابعة: أن يعطيه المال عرضاً أو حوالة، فلا يحنث، لأنه أعطى بدل المال ولم يعط المال.

والحال الخامسة: أن يأخذه السلطان من ماله جبراً، فيعطيه فلا حنث، كدفع الوكيل.

والحال السادسة: أن يخوفه السلطان على دفعه، فيعطيه إياه مكرهاً، ففي حنثه قولان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ إِنْ كَلَّمْتِهِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَكَلَّمَتْهُ حَيْثُ يَسْمَعُ حَنَثَ وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ كَلَّمَتْهُ مَيِّتاً أَوْ حَيْثُ لَا يَسْمَعُ لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ كَلَّمَتْهُ مُكْرَهَةً لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ كَلَّمَتْهُ سَكْرَانَةً حَنَثَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لها: إن كلمت زيداً فأنت طالق، فكلمته مختارة كلاماً سمعه، سواء قل الكلام أو كثر، أجاب زيد عنه، أو لم يجب؛ لأن الكلام قد وجد، وإن كلمته فلم يسمع نظر، فإن كان بحيث يجوز أن يسمع لقربه، فلم يسمع لشغله حنث؛ لأنه قد يقال: كلمت فلاناً فلم يسمع فصارت مكلمة له، وإن كان بحيث لا يجوز أن يسمع لبعده، لم يحنث؛ لأنها لا تكون مكلمة له إلا إذا كان الكلام واصلاً إليه، وإلا فهي متكلمة وليست مكلمة، ولو كلمته وهو أصم لا يسمع كلامها، فإن كان بحيث لا يجوز أن يسمعه لو كان سميعاً، لم يحنث، وآن كان بحيث يجوز أن يسمعه، لو كان سميعاً ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث كما لو كلمت سميعاً، فلم يسمع.

والوجه الثاني: لا يسمع، لأن مثله غير مكلم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُسْمِعُ الصُّمَّ الدُّعَاءَ إِذَا وَلَّوْا مُدْبِرِينَ﴾ [الروم: ٥٢].

ولو كلمته وهو حي حنث، ولو كلمته وهو مجنون مغلوب عليه، لم يحنث لأن

مثله لا يكلم، وكذلك لو كلمته وهو ميت، والنائم والميت لا يكلمان، فإن الله تعالى يقول: ﴿فَإِنَّكَ لاَ تُسْمِعُ الْمَوْتَى﴾ [الروم: ٥٢].

فإن قيل: فقد وقف رسول الله ﷺ على قتلى بدر، وهم في القليب فقال: هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا، قِيلَ: يَارَسُولَ اللَّهِ أَتُكَلِّمُ أَمْوَاتاً لاَ يَسْمَعُونَ[١]، فَقَالَ: إِنَّهُمْ لأَسْمَعُ مِنْكُمْ، وَلَكِنَّهُ لاَ يُؤْذَنَ لَهُمْ فِي الْجَوَابِ، فصار الميت ممن يجوز أن يكلم، فاقتضى أن يقع الحنث بكلامها له ميتاً.

قيل: هذا هو الحجة على أن الميت لا يكلم؛ لأنهم أنكروا كلامه لهم، ولو كان الميت مكلماً ما أنكروه، وقد يجوز أن يكون الله تعالى، رد أرواحهم إليه، حين كلمهم معجزة خص بها رسوله ﷺ كما يعيد أرواحهم لسائله منكر ونكير، ولو كلمته وهو سكران لا يشعر بالكلام ولا يسمعه، لم يحنث؛ لأنه مثله لا يكلم كالنائم والمجنون.

فصل: ولو كاتبته، لم يحنث؛ لأن الكتابة لا تكون كلاماً، وإن قامت في الإفهام مقام الكلام، وهكذا لو راسلته لم يحنث؛ لأن الرسول هو المتكلم دونها، وإن كان مبلغاً عنها، ولو أشارت إليه بالكلام إشارة فهم بها مرادها، فإن كان ناطقاً سميعاً، لم يحنث بإشارتها إليه، قال الله تعالى: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِياً، فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنْ الْمِحْرَابِ فَأَوْحَىٰ إِلَيْهِمْ أَنْ سَبِّحُوا بُكْرَةً وَعَشِياً﴾ [مريم: ١٠، ١١] فلم يجعل الإشارة كلاماً، وإن قامت مقامه في الإفهام، وإن كان زيد أصم لا يسمع الكلام إلا بالإشارة ففي حنثه، بإشارتها إليه قولان:

أحدهما: لا يحنث؛ لأن الإشارة ليست كلاماً.

والوجه الثاني: يحنث؛ لأنه هكذا يكلم الأصم، ولو كلمت رجلاً آخر كلاماً سمعه زيد؛ لم يحنث؛ لأنها مكلمة لغيره، ولو كلمت الحائط كلاماً لم يسمعه إلا زيد ففي حنثه وجهان:

أحدهما: لا يحنث كما لو كلمت غيره فسمعه.

والوجه الثاني: يحنث؛ لأن الحائط لا يكلم، فصار الكلام متوجهاً إلى من يجوز أن يكلم ولو سلمت على جماعة وفيهم زيد فإن لم تعزله بنيتها حنث، وإن عزلته بنيتها ففي حنثه وجهان.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/٩٧، ٩٨) ومسلم في كتاب الجنة (٧٦) وأحمد (٢/٢٣٨، ١٣٠، ٣/١٠٤) والنسائي (٤/١٠١) وابن أبي شيبة (١٤/٣٧٧) والبيهقي في الدلائل (٣/٤٨، ١١٧) والطبراني في الكبير (١٠/١٩٨) وابن أبي عاصم في السنة (٢/٤٢٨)، والسيوطي في الدرر (٥/١٥٧).

فصل: ولو كلمت زيداً وهي نائمة، لم يحنث لأن كلام النائم هذيان، وهكذا لو كلمته وهي مجنونة فلا حنث عليها، أو في إغماء قد أطبق لم يحنث؛ لأنه لا يكون ذلك منها في العرف كلاماً ولو كلمته وهي سكرانه لا تعقل، فإن كان سكر غير معصية لم يحنث كالإغماء، وإن كان سكر معصية حنث، لأن طلاق السكران واقع، كطلاق الصاحي، وإن خرج قول آخر في طلاق السكران أنه لا يقع لم يحنث ها هنا، ولو كلمته ناسية حنث على مذهب البصريين، وعند البغداديين على قولين ولو كلمته مكرهة كان في حنثه على مذهب البغداديين قولان ومن البصريين من وافقهم على تخريج القولين ها هنا؛ لأن ما لا يقصد من الكلام ليس بكلام، فجرى مجرى هذيان النائم.

فصل: وإذا قال الرجل لزوجته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، وقالت الزوجة: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر، انحلت يمين الزوج؛ لأنه قد خرج بقولها، إن بدأتك بالكلام فعبدي حر من أن يكون بادئاً لها بالكلام، فإن بدأها الزوج بعد ذلك بالكلام انحلت يمين الزوجة ولم يحنث الزوج، لأنها خرجت بما بدأها الزوج به من الكلام، أن تكون بادئة له بالكلام، وإن بدأته بالكلام حنث وعتق عبدها.

فصل: وإذا قال لزوجته إن أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالق، ثم قال لها؛ إن لم تصعدي السماء فأنت طالق، كان في طلاقها وجهان:

أحدهما: قد طلقت؛ لأنها لم تفعل ما أمرها.

والوجه الثاني: لا تطلق، لأن الأمر في العرف ما أمكن إجابة المأمور إليه، وهذا غير ممكن.

فصل: في الفرق بين الطلاق بصفة وبين اليمين بالطلاق.

والطلاق بالعقد أن يعلق طلاقها بشرط لا تقدر على دفعه، كقوله: أنت طالق إذا طلعت الشمس أو إذا دخل رأس الشهر، أو إذا قدم الحاج، أو إذا جاء المطر، أو إذا نعب الغراب أو إذا حضت، أو إن ولدت، أو إن شئت، فهذا كله وما شاكله تعليق الطلاق بصفة فإذا قال؛ إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق ثم قال لها؛ إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إذا قدم الحاج فأنت طالق، أو إذا جاء المطر فأنت طالق؛ لم يحنث ولم يلزمه الطلاق، لأنه في هذه الأحوال مطلق بصفة وليس بحالف بالطلاق.

وأما اليمين بالطلاق فهو ما منع بها من فعال، وحث بها على فعل، أو قصد تصديق نفسه، أو غيره على شيء، فالتي يمنع بها من فعل، أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق.

والتي يحث بها على فعل، أن يقول: إن لم تدخلي الدار فأنت طالق.

والتي قصد بها التصديف على فعل، أن يقول: إن لم أكن دخلت الدار، فأنت طالق فهذا كله حلف بالطلاق، فلو قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، حنث وطلقت منه؛ لأنه قد حلف بطلاقها، فإن كانت غير مدخول بها لم تطلق، بدخول الدار؛ لأنها قد بانت بالأولى، وإن كانت مدخولاً بها، طلقت ثانية بدخولها، فلو قال لها: إن دخل زيد الدار فأنت طالق، فإن كان زيد ممن يطيعه، ويمتنع من الدخول بقوله فهي يمين بالطلاق وإن كان زيد سلطاناً أو ذا قدرة لا بطبعه ولا يمتنع من الدخول بقوله، فهو طلاق بصفة، وليس بيمين، هذا مذهبنا، وقال أبو حنيفة: كل هذا يمين كالطلاق، إلا في ثلاثة أشياء، أحدها أن يقول لها: أنت طالق إذا حضت، أو أنت طالق إذا طهرت، أو أنت طالق إذا شئت؛ لأن المقصود بقوله إذا حضت أو طهرت، أن يوقعه للسنة والبدعة، والمقصود بقوله إن شئت التمليك الذي يراعي فيه الرد والقبول. فأما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر، أو إذا طلعت الشمس، فأنت طالق فإنها يمين بالطلاق؛ لأنه تعليق طلاق بصفة، فأشبه قوله: إن دخلت الدار. وهذا خطأ؛ لأن اليمين ما قصد بها المنع من شيء، أو الحث على شيء، أو التصديق على شيء، وما خرج عن هذا فليس بيمين كقوله: إذا حضت أو طهرت.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، تفرع عليه أن يقول لها: إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق، ثم يعيده ثانية، فيقول: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، فإنه يحنث وتطلق منه واحدة؛ لأنه قد صار بإعادة اللفظ حالفاً بطلاقها، فلو أعاده ثالثة، فقال؛ إن حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت ثالثة باليمين الثالثة، ولا فرق في هذا الموضع بين قوله، كلما حلفت بطلاقك، فأنت طالق، وبين أن يقول: كلما في وجود التكرار ، ووقوع الطلاق بتكرار الأيمان، إلا أن تكون غير مدخول بها، فلا تطلق إلا الأولى وحدها؛ لأنها قد بانت بها.

فرع: وإذا كان له زوجتان مدخول بها وغير مدخول بها، فقال لهما: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاده ثانية، فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، حنث وطلقت كل واحدة منهما واحدة، إلا أن طلاق غير المدخول بها بائن، وطلاق المدخول بها رجعي.

فإن أعاد ذلك ثالثة، فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، لم تطلق واحدة منهما أما غير المدخول بها، فلأنها قد بانت، وأما المدخول بها فلأن وقوع الطلاق عليها، بأن يكون حالفاً بطلاقها، وهو غير حالف بطلاق غير المدخول بها؛ لأن بعد بينونتها لا يكون حالفاً بطلاقها.

فرع: وإذا كان له زوجتان، حفصة وعمرة، فقال: يا حفصة إن حلفت بطلاق عمرة فأنت طالق، ثم قال: يا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت حفصة؛ لأنه قد صار حالفاً بطلاق عمرة، ولم تطلق عمرة؛ لأنه لم يصر حالفاً بطلاق حفصة، فإن أعاد ذلك ثانية فقال: يا حفصة إن حلفت بطلاق عمرة فأنت طالق، ويا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت عمرة واحدة؛ لأنه قد صار حالفاً بطلاق حفصة، وطلقت حفصة ثانية؛ لأنه قد صار حالفاً بطلاق عمرة، فإن أعاد ذلك ثالثة، فقال: يا حفصة إن حلفت بطلاق عمرة فأنت طالق، ويا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت حفصة ثالثة وطلقت عمرة ثانية.

فإن أعاد ذلك رابعة لم تطلق واحدة منهما، وصار الطلاق الواقع على حفصة ثلاثاً والطلاق الواقع على عمرة اثنتين، وإنما كان كذلك لأن حفصة بعد استكمال طلاقها، لا يقع عليها طلاق ولا يكون حالفاً عليها بالطلاق فلم تطلق بعمرة لاستكمالها للثلاث، ولم تطلق بها عمرة لأنه لم يصر حالفاً على حفصة بالطلاق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَقعَتِ الأُولَى وَسُئِلَ مَا نَوَى فِي الثِّنْتَيْنِ بَعْدَهَا فَإِنْ أَرَادَ تَبْيِينَ الأُولَى فَهِيَ وَاحِدَةٌ وَمَا أَرَادَ وَإِنْ قَالَ لَمْ أُرِدْ طَلَاقاً لَمْ يَدِين فِي الأُولَى وَدِينَ فِي الثِّنْتَيْنِ».

قال الماوردي: وصورتها أن يكرر لفظ الطلاق ثلاث مرات، فيقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فعند أبي حنيفة أنها تطلق ثلاثاً، ولا يرجع إلى إرادته، ويجري ذلك مجرى قوله لها: أنت طالق ثلاثاً غير أنه فرق في إحدى الموضعين وجمع في الآخر.

وعلى مذهب الشافعي: أن التكرار يحتمل أن يراد به التأكيد، ويحتمل أن يراد به التكرار والاستئناف ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنَ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ.

فكررها ثلاثاً فكان ذلك منه محمولاً على التأكيد دون الاستئناف وَقَالَ: «وَاللَّهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً، وَاللَّهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً، وَاللَّهِ لَأَغزُوَنَّ قُرَيْشاً».

فكان تكراره لذلك محمولاً على التأكيد دون الاستئناف، لأنه لم يغزها بعد هذه اليمين، إلا مرة واحدة، هذا لسان العرب وعادتهم فوجب أن يكون تكرار لفظ الطلاق محمولاً عليه، ولأنه لو كرر الاقرار لما تضاعف به الحق كذلك الطلاق، لأنه لو قال؛ له علي درهم، له علي درهم، له علي درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد، ويكون التكرار محمولاً على التأكيد فكذلك الطلاق.

فصل: فإذا ثبت احتمال هذ التكرار أن يراد به التأكيد تارة والاستئناف أخرى، وقعت الطلقة الأولى ورجع إلى إرادته، في الثانية والثالثة، وله فيهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يريد بها التأكيد للأولى، فلا تطلق إلا واحدة، فإن أكذبته الزوجة في أنه أراد التأكيد، وقالت: بل أردت الاستئناف، فالقول قوله مع يمينه.

والحال الثانية: أن يريد الاستئناف فتطلق ثلاثاً، فإن أكذبته الزوجة وقالت: أرد التأكيد لم يؤثر تكذيبها ولا يمين عليه.

والحال الثالثة: أن يريد بإحداهما التأكيد، وبالأخرى الاستئناف، فقد طلقت ثنتين وكانت الأخرى تأكيداً لإحدى الطلقتين.

والحال الرابعة: أن لا تكون له إرادة، ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الإملاء يحمل على التأكيد ولا تلزمه إلا الطلقة الأولى لأمرين:

أحدهما: أنه إذا احتمل الأمرين صار وقوع الطلاق به شكاً والطلاق لا يقع بالشك.

والثاني: أنه إذا رجع فيه إلى إرادته صار كناية والكناية لا يقع بها الطلاق مع فقد الإرادة.

والقول الثاني: قاله في كتاب الأم من الجديد، يحمل على الاستئناف وتطلق ثلاثاً، لأمرين:

أحدهما: أن اللفظ الثاني كالأول، وعلى صيغته، فلما وقع الطلاق باللفظ الأول، وجب أن يقع بما كان مثلاً له من الثاني والثالث.

والثاني: أن حمله على الاستئناف مقيد، وعلى التأكيد غير مقيد، فكان حمله على ما أفاد أولى من حمله على ما لم يفد، فإن قيل: فهلا جعلتم الإقرار، إذا تكرر محمولاً على الاستئناف فضاعفتم الحق بتكراره كالطلاق، قيل الفرق بينهما، أن الإقرار إخبار عن ماضٍ بحق مستقر فلم يوجب تكراره تكرار الحق، والطلاق تقع به الفرقة في المستقبل، فجاز إذا تكرر، أن يبقى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وطَالِقٌ وَقَعَتِ الأُولَى وَالثَّانِيَةُ بِالْوَاوِ لأَنَّهَا اسْتِئْنَافٌ لِكَلَامٍ فِي الظَّاهِرِ وَدِينَ فِي الثَّالِثَةِ فَإِنْ أَرَادَ بها طَلَاقاً فَهُوَ طَلَاقٌ وإِنْ أَرَادَ بها تَكْرِيراً فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَكَذَلِكَ أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَالِقٌ ثُمَّ طَالِقٌ وَكَذَلِكَ طَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي كِتَابِ الإِمْلَاءِ وَإِنْ أَدْخَلَ «ثُمَّ» أَوْ

وَاواً فِي كَلِمَتَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَظَاهِرُهَا اسْتِئْنَافٌ وَهِيَ ثَلَاثٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَالظَّاهِرُ فِي الْحُكْمِ أَوْلَى وَالْبَاطِنُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: أنت طالق وطالق وطالق، وقعت الأولى والثانية ولم يرجع إلى إرادته فيهما، لأنه قد غاير بين الحرفين، فالطلقة الأولى بحرف الإشارة في قوله: أنت، والطلقة الثانية بواو العطف، وإذا غاير بين الحرفين خرج عن حكم التأكيد، إلى الاستئناف، لأن التأكيد يكون يشاكل الألفاظ فإن تغايرت صارت استئنافاً، وإذا كان كذلك وقعت الأولى والثانية لتغايرهما، وكانت الثالثة مشابهة للثانية، لاشتراكهما في واو العطف، فدخلها الاحتمال فاقتضى أن لا يرجع فيها إلى إرادته، فإن أراد بها التأكيد، كانت تأكيداً ولم يطلق إلا ثنتين وإن أراد بها الاستئناف طلقت ثلاثاً، فإن لم تكن له إرادة ففيها قولان:

إحداهما: يكون تأكيداً.

والثاني: يكون استئنافاً على ما مضى، فلو قال: أردت بالثانية والثالثة التأكيد قبل منه في الثالثة ظاهراً وباطناً، فلم تقع ولم تقبل منه في الثانية في ظاهر الحكم، وقبل منه في الباطن وكان فيها مديناً، فيلزمه في الظاهر طلقتان، وفي الباطن واحدة، وعلى هذا لو قال لها: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، وقعت الأولى والثانية، لأنها مغايرة للأولى بحرف النسق، والثالثة مثل الثانية، يرجع إلى إرادته فيها، فإن أراد بها التأكيد لم تطلق إلا ثنتين، وإن أراد بها الاستئناف طلقت ثلاثاً، وهكذا لو قال: أنت طالق بل طالق، بل طالق، طلقت الأولى والثانية لتغايرهما بحرف الاستدارك، الذي يقتضي الإضراب عن الأول باستدراك ما بعده، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه، ولكن الثالثة مشابهة للثانية، فيسأل عنها، ويحمل على إرادته فيها، فإن لم يكن له إرادة فعلى قولين، وهكذا لو قال لها: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، طلقت الأولى والثانية، لأنه قد أدخل على الثانية واو العطف، ورجع إلى إرادته في الثالثة، لأنها كالثانية.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق فطالق، فالذي نص عليه الشافعي هاهنا، أنها تطلق طلقتين واحدة بقوله: أنت طالق، والثانية بقوله: فطالق.

وقال في كتاب الإقرار: لو قال له علي درهم فدرهم، لم يلزمه إلا درهم واحد فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن خيران ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى ويخرجها على قولين:

أحدهما: يلزمه طلقتان ودرهمان، على ما نص عليه في الطلاق.

والقول الثاني: تلزمه طلقة واحدة ودرهم واحد على ما نص عليه في الإقرار.

وذهب سائر أصحابنا إلى حمل الجواب على ظاهره، في الموضعين فتطلق طلقتين ولا يلزمه في الإقرار إلا درهم واحد.

والفرق بينهما: أن الدراهم قد تتفاضل فيكون درهم خيراً من درهم فإذا قال: له عليّ درهم فدرهم احتمل أن يريد فدرهم آخر خير منه، فلم يحتمل قوله فطالق أنها خير من الأولى أو دونها، فوقعت الثانية لانتفاء الاحتمال عنها.

فعلى هذا لو قال: أنت طالق فطالق فطالق، وقعت الأولى والثانية لتغاير اللفظ فيهما ورجع إلى إرادته في الثالثة، لأنها كالثانية فإن لم يكن له فيها إرادة فعلى قولين.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق وطالق، ثم طالق طلقت ثلاثاً ولم يرجع إلى إرادته فيهما لأنه قد غاير بين الألفاظ الثلاثة، فإن قال: إني أردت بالثانية والثالثة التأكيد، لم يقبل منه في ظاهر الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهكذا لو قال لها: أنت طالق وطالق، فطالق طلقت ثلاثاً، للمغايرة بين الألفاظ الثلاثة، وهكذا لو قال: أنت طالق بل طالق ثم طالق، طلقت ثلاثاً، وجملته أنه متى غاير بين اللفظ لم يسأل، وإن لم يتغاير سئل، فأما المغايرة بين ألفاظ الطلاق مع اتفاق الحروف فهو أن يقول لها: أنت طالق، أنت مفارقة أنت مسرحة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون كمغايرة الحروف، فتطلق ثلاثاً من غير سؤال، لأن الحكم بلفظ الطلاق أخص منه بحروف الطلاق.

والوجه الثاني: أنه يغلب حكم الحروف المتشاكلة وإن كانت ألفاظ الطلاق متغايرة، لأن الحروف هي العاملة في وقوع الحكم باللفظ.

فعلى هذا يرجع إلى ما أراده بالثانية والثالثة على ما مضى.

فصل: قال الشافعي في الإملاء: ولو قال لها: أنت طالق وطالق لا بل طالق، ونوى بقوله لا بل طالق إثبات الثانية، طلقت طلقتين وجملة ذلك أنه متى اقال ذلك مرسلاً، من غير نية طلقت ثلاثاً، لأنه قد غاير بين الألفاظ الثلاثة.

وإن نوى بالثالثة أن يستدرك بها وقوع الثانية لأنه شك في إيقاعها، قال الشافعي: طلقت ثنتين لأنه يحتمل ما أراد، هذا الذي قاله الشافعي: أن الثالثة لا تقع في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى وهي واقعة في الظاهر، فالأمر على ما قاله، وإن أراد بها لا تقطع ظاهراً ولا باطناً فهو معلول، لأن تغاير الألفاظ يحمل لكل طلقة حكم نفسها، فلا يقبل منه، في ظاهر الحكم ما أدى إلى رفعها.

فصل: قال أبو العباس بن سريج: ولو قال لها: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين، طلقت ثلاثة، لأنه قد استدرك بالثنتين، الإضراب عن الواحدة، فوقعت الثنتان ولم

يصح الإضراب عن الأولى، وهذا عندي غير صحيح، بل لا يلزمه إلا طلقتان، لأنه إذا استدرك زيادة على الأولى بطل حكم الإضراب، لدخوله في المستدرك، وجرى مجرى قوله: له عليّ درهم لا بل درهمان، لم يلزمه إلا درهمان لا غيره، لدخول الدرهم في الدرهمين، فزال عنه حكم الإضراب.

فصل: ولو قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق واحدة، لا بل هذه ثلاثاً، طلقت الأولى واحدة وطلقت الثانية ثلاثاً، لأنه استدرك بالثانية الإضراب عن طلاق الأولى، فطلقت الثانية ولم يقع طلاق الأولى، ولكن لو قال لزوجة واحدة أنت طالق واحدة، لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار، قال أبو بكر بن الحداد المصري في فروعه: طلقت في الحال واحدة، وطلقت بدخول الدار تمام الثلاث إن كانت مدخولاً بها فجعل الشرط راجعاً إلى الثلاثة وحدها، وجعل الأولى بآخره بغير شرط، لإضرابه عنها باستدراك الثلاث بالشرط، وهذا قياس قول أبي العباس في قوله: أنت طالق واحدة بل ثنتين، أنها تطلق ثلاثاً، وهذا الذي قاله ابن الحداد، ليس بصحيح عندي لدخول الواحدة في الثلاث، فاقتضى أن يكون الشرط راجعاً إلى الجميع، ولا تطلق قبل دخول الدار شيئاً، فإذا دخلتها طلقت ثلاثاً.

فصل: وإذا قال لها: إن طلقتك واحدة، أملك فيها الرجعة، فأنت طالق قبلها ثلاثاً، فطلقها واحدة، فإن كانت غير مدخول بها طلقت واحدة ولم يوجب وقوعها وقوع ثلاث قبلها، لأنه شرط في وقوع الثلاث، بثبوت الرجعة في الواحدة، وغير المدخول بها لا رجعة في طلاقها، فلم يوجد شرط الثلاث فيها، فوقعت الواحدة، ولم تقع الثلاث، وهذا مما يختلف أصحابنا فيه، فأما إن كانت مدخولاً بها، ملك بعد الواحدة رجعتها، فقد وجد شرط الثلاث فيها، فاختلف أصحابنا في وقوع الطلاق عليها على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو مذهب المزني أنه لا يقع عليها الطلاق لا الواحدة المتأخرة، ولا الثلاث المعلقة بالصفة، لأن وقوع الناجزة توجب وقوع ثلاث قبلها بالصفة، ووقوع الثلاث من قبل تمنع من وقوع الواحدة من بعده، فنفى كل واحد من الطلاقين وقوع الآخر فسقطا معاً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج، ومن حكى عنه خلافه، فقد وهم أنه تقع عليها الطلقة الناجزة وحدها ولا يكون اشتراطها في وقوع الثلاثة قبلها مانعاً من وقوعها وهذا الصحيح عندي، وبه قال أبو حنيفة وأبو علي بن أبي هريرة لأمرين:

أحدهما: أن الناجز أصل وهو أقوى، والمعلق بالصفة فرع وهو أضعف، فلم يجز أن يكون أضعفهما رافعاً لأقواهما.

والثاني: أن طلاق الصفة لا يقع إلا بعد وقوع الناجز، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه.

والوجه الثالث: وهو قول بعض المتأخرين أنها تطلق ثلاثاً الواحدة الناجزة وثنتين من الثلاث المعلقة بالصفة، ولا يكون امتناع وقوع الثالثة لأنها في حق المطلقة رابعة مانعاً من وقوع ما سواها إذا كان وقوعه ممكناً، كمن قال لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق أربعاً طلقت بدخول الدار ثلاثاً، ولم يكن امتناع وقوع الرابعة مانعاً من وقوع الثلاث كذلك في مسألتنا.

ولهذا القول وجه، فأما إذا قال لها: إن طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبلها ثلاثاً، فإن طلقها طلقة أو طلقتين طلقت ما أوقعه عليها من ناجز الطلاق من واحدة أو اثنتين، فإن طلقها ثلاثاً فعلى مذهب المزني ومن تابعه لا تطلق شيئاً، لا من ناجز الطلاق ولا المعلق بالصفة لتدفع الطلاقين.

وعلى مذهب أبي العباس بن سريج وابن أبي هريرة تقع الثلاث الناجزة، لأنها أثبت الطلاقين وأقواهما فلو قال: كلما طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، فعلى قول المزني: فلا يقع عليها طلاق قط، لأن وقوعه يقتضي وقوع ثلاثة قبله ووقع ثلاثة قبله تمنع من وقوع ما بعده. وعلى قول أبي العباس بن سريج وابن أبي هريرة يسقط حكم الثلاث المعلقة بالصفة، لأن ثبوتها يؤدي إلى أن لا يلحقها طلاق أبداً، وهذا مدفوع في الزوجات مع بقاء نكاحهن فبطل، ووقع عليها ما استأنفه من الطلاق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقاً فَهِيَ وَاحِدَةٌ كَقَوْلِهِ طَلَاقاً حَسَناً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن قوله طلاقاً مصدر مشتق من اسم الطلاق ولا مدخل له في زيادة العدد كما قال الله تعالى: **﴿وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيماً﴾** [النساء: ١٦٤]. ولأن قوله طلاقاً صفة لقوله أنت طالق، فجرى مجرى قوله طلاقاً حسناً، وهكذا أنت طالق تطليقاً لم يلزمه إلا واحدة، وهذا كله ما لم تكن له نية في زيادة العدد.

فإن أراد بقوله: أنت طالق طلاقاً أو أنت طالق تطليقاً ثنتين لزمه ثنتان، وإن أراد به ثلاثاً، لزمه ثلاث، لأنه لو أراد بمجرد قوله: أنت طالق، ثنتين أو ثلاثاً لزمه ما

أراد، وكذلك إذا قال: أنت طالق طلاقاً، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة وإن خالف في اقتصاره على قوله: أنت طالق.

فصل: وإذا قال: أنت طالق مريضةٌ بالنصب كان المرض شرطاً في وقوع الطلاق فما لم تمرض لم تطلق، فإذا مرضت طلقت، لأن نصبه على الحال يخرجه مخرج الشرط ولو قال: أنت طالق مريضة بالرفع طلقت في الحال سواء كانت مريضة أو غير مريضة، لأنه بالرفع يصير صفة، وهذا فيمن كان من أهل العربية، فأما من كان لا يعرف العربية، ولا يفرق بين الرفع والنصب، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم ما يلزمه كأهل العربية، لأن الحكم متعلق باللفظ، سواء عرف حكمه أو جهله مثل صريح الطلاق وكنايته.

والوجه الثاني: أنه يستوفي فيه حكم الرفع والنصب، في وقوع الطلاق، لأن الإعراب دليل على المقاصد والأغراض فإذا جهلت عدمت.

فصل: ولو قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقاً، فقد جعل الشرط في وقوع الطلاق عليها، أن تدخل الدار وهي مطلقة، فإن دخلتها غير مطلقة لم تطلق، كما لو قال: إن دخلت الدار راكبة فأنت طالق، فدخلتها غير راكبة لم تطلق، ولو طلقها، فإن كان الطلاق بائناً، بأن تكون غير مدخول بها أو تكون مختلعة لم تطلق بدخول الدار، لأن البائن لا يلحقها طلاق، وإن كان الطلاق رجعياً طلقت دخول الدار طلقتين، لقوله طالق وطالق فتصير طالقاً ثلاثاً.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار بالكسر كان دخول الدار شرطاً، فلا تطلق حتى تدخلها ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار بالفتح، طلقت في الحال، سواء دخلت الدار أو لم تدخل، لأنها إذا فتحت بمعنى الجزاء، وتقديره أنت طالق، لأنك دخلت الدار، هذا فيمن كان من أهل العربية، فأما من لا يعرف العربية فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: أن يكون كأهل العربية.

والثاني: أن يكون شرطاً في الحالين.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار، كان دخول الدار شرطاً، لا تطلق حتى تدخل الدار، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، لم يكن دخول الدار شرطاً، وطلقت في الحال لأن إذا اسم لمستقبل، فكان شرطاً، وإذ اسم لما مضى فكان خبراً.

فصل: وإذا كرر حرف الشرط ويسميه أهل العلم اعتراض الشرط على الشرط، وهو أن يقول لها: أنت طالق إذا ركبت إن لبست، فلا يقع الطلاق عليها، إلا باللبس والركوب فإن ركبت ولبست على ما قاله في لفظه فإن بدأت بالركوب، ثم عقبته باللبس لم تطلق، وإن خالفت ترتيب اللفظ فبدأت باللبس وعقبته بالركوب؛ لأن قوله إذا ركبت إن لبست فقد جعل اللبس شرطاً في الركوب فوجب أن يتقدم عليه. ، لأن الشرط يتقدم على المشروط، وهكذا لو قال: أنت طالق إذا قمت إذا قعدت، لم تطلق حتى تقدم القعود على القيام، لأنه جعل القعود شرطاً في القيام، وإن كان حرف الشرط فيهما واحداً.

وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن أكلت إن تكلمت، لم تطلق حتى يتقدم الكلام على الأكل، وعلى هذا لو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار إن كلمت زيداً إن ضربت عمراً لم تطلق، حتى تفعل الثلاثة بعكس لفظه، فتبدأ بضرب عمرو ثم بكلام زيد ثم بدخول الدار، لأن كل واحد منها شرط فيما تقدمه فوجب أن يتقدمه.

فصـل: في «لـو»

وإذا قال لها: أنت طالق لو دخلت الدار، كان شرطاً لا يقع الطلاق عليها إلا بدخول الدار وجرى مجرى إن، التي تكون شرطاً، ولو قال أنت طالق لو دخلت الدار لخرجت منها فلا طلاق عليها حتى تدخل الدار ولا يخرج الزوج منها، فإن دخلت وخرج منها لم تطلق.

فصـل: في «لـولا»

وإذا قال لها: أنت طالق لولا أبوك، فلا طلاق عليه، قال المزني في مسائله المنثورة، لأن تقديره لولا أبوك لطلقتك، وهكذا أنت طالق لولا جمالك، فلا طلاق عليه لأن معناه لولا جمالك لطلقتك.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق، أو لا لم تطلق، لأن أو للتخيير، ولو قال:

أنت طالق بل لا طلقت لأن بل للإضراب، ولو قال أنت طالق أم لا.

فصل: وإذا قيل للرجل زوجتك هذه طالق منك، فقال: نعم كان هذا ابتداء إيقاع منه للطلاق فجرى مجرى قوله: أنت طالق، فيلزمه الطلاق ولا يراعى فيه النية، لأنه أجاب إلى صريح فجرى على جوابه حكم الصريح، ولو قيل له: طلقت امرأتك هذه، فقال: نعم، كان هذا إقرار بالطلاق، يلزمه الطلاق بإقراره في الظاهر ويدين في الباطن إن كان كاذباً ولا يلزمه.

ولو قيل له: أتطلق امرأتك هذه؟ فقال: نعم، كان موعداً بالطلاق لا يلزمه الطلاق إلا أن يستأنف إيقاعه من بعد.

ولو قيل له: أهذه زوجتك، فقال لا، كان هذا إنكاراً، لا يقع به الطلاق إلا أن ينويه فيصير كناية فيه، فهذا أصح ما قيل في هذا الفصل، وإن خبط أصحابنا فيه خبط عشواء.

فصل: وإذا قال الأعجمي لامرأته: أنت طالق فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعرف معناه فيلزمه الطلاق، سواء أراده أو لم يرده كالعربي.

والحال الثانية: أن لا يعرف معناه ولا يريد موجبه عند أهل العربية، فلا طلاق عليه، ويصير ذلك من كلامه لغواً.

والحال الثالثة: أن لا يعرف معناه، ولكنه يريد موجبه عند أهل العربية، فالذي ذكره أبو حامد الإسفرايـيني وحكاه عن أصحابنا أنه لا يلزمه الطلاق، حتى يعرف معنى اللفظ، لأنه موجب للطلاق.

وعندي أن الطلاق لازم له، لأنه قد أراد موجب اللفظ، وإن لم يعرف معناه لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ، إذا كان المتكلم به من أهل الإرادة، وإن لم يكن له فيه إرادة، لأنه وإن لم يعرف معناه فقد كان يقدر على تعرف معناه، ولأننا لو أسقطنا عنه الطلاق، لسوينا بين أن يريد موجبه أو لا يريد، وهما لا يستويان. وهكذا العربي إذا طلق بصريح الأعجمية، وهو لا يعرف معناها، كان على هذه الأقسام الثلاثة.

فلو أن زوجة الأعجمي ادعت عليه أنه يعرف معنى الطلاق بالعربية، كان القول فيه قول الزوج مع يمينه، وكذلك زوجة العربي لو ادعت عليه أنه يعرف الطلاق بالأعجمية، كان القول قوله مع يمينه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكُلُّ مُكْرَهٍ وَمَغْلُوبٍ عَلَى عَقْلِهِ فَلَا يَلْحَقُهُ الطَّلَاقُ».

قال الماوردي: أما المغلوب على عقله بجنون أو مرض فلا يقع طلاقه ولا يصح عقده.

وأما المكره على الطلاق إذا تلفظ به كرهاً غير مختار لم يقع طلاقه ولا عتقه ولم تصح عقوده، وسواء كان ذلك مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق أو العتق أو كان مما لا يلحقه الفسخ، كالنكاح والبيع، وبه قال مالك وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: إن كان مما يلحقه الفسخ كالنكاح والبيع لم يصح من المكره، وإن كان مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق والعتق صح من المكره كما يصح من المختار

استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. ولم يفرق بين مكره ومختار فكان على عمومه. وبرواية عليّ بن أبي طالب عليه السلام عن النبيّ ﷺ أنه قال: «كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقُ الْمَعْتُوهِ الصَّبِيِّ»[١]. فدخل طلاق المكره في عموم الجواز.

وبرواية أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ والطَّلَاقُ والرَّجْعَةُ».

والمكره لا يخلو أن يكون جاداً أو هازلاً فوجب أن يقع طلاقه.

ولما روي أن صفوان بن عمران كان نائماً مع امرأته في الفراش فجلست على صدره، ووضعت السكين وقالت: طلقني وإلاّ ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها، ثم أتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «لَا إِقَالَةَ فِي الطَّلَاقِ»[٢].

أي لا رجوع فيه، فدل على وقوعه مع الإكراه.

ومن القياس: أنه طلاق مكلف مالك، فوجب أن يكون واقعاً كالمختار قال: ولأن كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق مع الإرادة لم يمنع من وقوعه مع فقد الإرادة كالهزل، ولأن ما أوجب تحريم البضع مع الاختيار، أوجب تحريمه مع الإكراه كالرضاع.

ودليلنا: ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ». فاقتضى أن يكون طلاق المكره مرفوعاً. فإن قيل: فالاستكراه لم يرفع لأنه قد يوجد، قيل المراد به حكم الاستكراه، لا الاستكراه، كما أن المراد به حكم الخطأ لا وجود الخطأ. على أنه قد روي: «عُفِيَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ». فبان به ما ذكرنا، فإن قيل فهو محمول على رفع الإثم، قيل حمله على رفع الحكم أولى لأنه أعم، لأن ما رفع الحكم قد رفع الإثم، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ»[٣].

---

(١) أخرجه البيهقي (٣٥٩/٧) وأخرجه البخاري معلقاً (٣٨٨/٩) في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والترمذي (٤٩٦/٣) (١١٩١) وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث».

(٢) ذكره الحافظ في الإصابة (٢٤٨/٣) وابن الجوزي في العلل المتناهية (١٥٩/٢) والرازي في العلل (١٣١٢) وأخرجه العقيلي في الضعفاء (٢١١/٢، ٤٤٢/٣) وانظر نصب الراية (٢٢٢/٣).

(٣) أخرجه أحمد (٢٧٦/٦) وأبو داود (٦٤٢/١) (٢١٩٣) وابن ماجه (٦٦٠/١) (٢٠٤٦) والدارقطني (٣٦/٤) (٩٩) والحاكم (١٩٨/٢) وانظر التلخيص (٢١٠/٣) ونصب الراية (٢٢٣/٣).

قال أبو عبيد: الإغلاق كالإكراه، يعني أنه كالمغلق عليه اختياره، فإن قيل المراد به الجنون لأنه معلق الإرادة ففيه جوابان:

أحدهما: أن أهل اللغة أقوم بمعانيها من غيرهم فكان حمله على ما قرره أولى.

والثاني: أنه يحمل على الأمرين فيكون أعم. ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم. قاله خمسة منهم، لـم يظهر مخالف لهم، منهم عمر روى عنه ابن المنـذر، أن رجلاً تدلى بحبل يشتار - أي يجتني عسلاً - فأدركته امرأة، فحلفت لتقطعن الحبل أو ليطلقها ثلاثاً فذكرها الله والإسلام فحلفت لتفعلن أو ليفعلن، فطلقها ثلاثاً فلما خرج أتى عمر بن الخطاب، فذكر له الذي كان من امرأته إليه، والذي كان منه إليها، فقال: ارجع إلى امرأتك فإن هذا ليس بطلاق.

ومنهم عليّ بن أبي طالب عليه السلام: كان لا يرى طلاق المكره شيئاً، ومنهم عبدالله بن عباس، قال: ليس على المكره والمضطهد طلاق، ومنهم عبدالله بن عمر وعبدالله بن الزبير كانا يريان مثل ذلك.

ومن القياس: أنه لفظ حمل عليه بغير حق، فوجب أن لا يثبت به حكم، كالإكراه على الإقرار بالطلاق فإن قيل: لا يصح اعتبار الإيقاع بالإقرار، لأن الإكراه على الرضاع يتعلق به التحريم والإكراه على الإقرار بالرضاع لا يتعلق به تحريم، والإكراه على الإقرار بالإسلام لا يصح لأن الإقرار خبر به يدخله الصدق والكذب، وخالف الإيقاع الذي لا يدخله صدق ولا كذب.

فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه إقرار المكره لم يرتفع لاحتمال دخول الصدق، والكذب فيه، لأن هذا المعنى من احتمال الصدق. والكذب موجود في إقرار المختار، وطلاقه واقع وإنما المعنى فيه الإكراه، وهذا المعنى موجود في الإيقاع.

والثاني: هو أن الرضاع فعل لا يراعى فيه القصد، فاستوى فيه حكم المكره والمختار، والإقرار قول يراعى فيه القصد، فافترق فيه حكم المكره والمختار، ألا ترى أن المجنونة لو أرضعت ثبت به حكم التحريم، ولو أقرت به لم ثبت.

والمجنون لو أولد أمته صارت أم ولد، ولو أعتقها لم تعتق، فافترق حكم الإكراه على الإرضاع، وحكم الإقرار بالرضاع، لأن أحدهما فعل والآخر قول. واستوى حكم الإكراه على إيقاع الطلاق وعلى الإقرار، لأن كليهما قوله، وأما الإكراه على فعل الإسلام، فإنما يصح ويثبت فيمن كان حربياً فيدعى بالسيف إلى الإسلام، لأن إكراهه عليه واجب قد ورد الشرع به، ولا يصح إكراه الذمي الباذل للجزية، لأن الشرع قد أقره عليه، فكان إكراهه عليه ظلماً، فلم يصح.

والإكراه على الإقرار بالإسلام إنما هو إكراه على التزام أحكامه، قبل الإقرار من فعل الصلاة وأداء الزكاة. وهذا ظلم فاستوى حكم الإكراه على الإقرار بالإسلام، والإكراه على فعل الإسلام في حق الذمي لكونهما ظلماً فلم يصحا وافترق حكم الإكراه على الإقرار بالإسلام، والإكراه على الإسلام في حق الحربي، لأن الإقرار ظلم فلم يصح، وفعل الإسلام حق فصح، فإن وجب ما ذكرناه أن يستوي في الطلاق حكم الإقرار والإيقاع، لأن كل واحد منهما ظلم، فوجب أن لا يقعا.

وقياس ثان: وهو أن الإكراه معنى يزيل حكم الإقرار بالطلاق، فوجب أن يزيل حكم إيقاع الطلاق كالجنون والنوم والصغر.

وقياس ثالث: أنه لفظ يتعلق به الفرق بين الزوجين، فوجب أن لا يصح إذا حمل عليه فيه حق، أصله الإكراه على كلمة الكفر.

قياس رابع: أنه قول في أحد طرفي النكاح فوجب أن لا يصح مع الإكراه كالنكاح.

وقياس خامس: أن كل بضع لم يملك بلفظ المكره، لم يحرم بقول المكره، كالإيماء في البيع والشراء.

فأما الجواب عن الآية فهو أنه قال: «فَإِنْ طَلَّقَهَا»، والمكره عندنا غير مطلق، ولو صح دخوله في عمومها لكان مخصوصاً بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قول النبيّ ﷺ: «كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إلاَّ طَلَاقُ الْمَعْتُوهِ وَالصَّبِيِّ». فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على حال الاختيار.

والثاني: أن في استثناء الصبي والمعتوه لفقد القصد منها تنبيه على إلحاق المكره بهما.

وأما الجواب عن قوله ﷺ «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد»، فهو أننا نقول بموجبه ونجعل الجد والهزل في وقوع الطلاق سواء، والمكره ليس بجاد ولا هازل، فخرج عنها كالمجنون، لأن الجاد قاصد اللفظ مريد للفرقة والهازل قاصد للفظ غير مريد للفرقة والمكره غير قاصد للفظ ولا مريد للفرقة.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لاَ إِقَالَةَ فِي الطَّلَاقِ» فمن وجهين:

أحدهما: أن الرجل أقر بالطلاق وادعى الإكراه فألزمه إقراره، ولم تقبل دعواه.

والثاني: أنه يجوز أن يكون رأى من جلده وضعف زوجته ما لا يكون به مكرهاً فألزمه الطلاق. وأما قياسهم على المختار فالمعنى فيه صحة إقراره، والمكره لا يصح

إقراره فلم يصح إيقاعه وإن شئت قلت القياس عليهم فقلت: فوجب أن يكون إيقاعه بهزله إقراره كالمختار.

وأما قولهم: إن كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق مع الإرادة، لم يمنع وقوعه مع فقد الإرادة فهو أنه ليس المعتبر في وقوع الطلاق، وجود الإرادة وإنما المعتبر فيه أن يكون من أهل الإرادة، ثم المعنى في الهازل صحة إقراره.

وأما الجواب عن قياسهم على الرضاع، فهو أنه ينتقض بالمكره على كلمة الكفر، ثم المعنى في الرضاع أنه فعل والطلاق قول، وقد ذكرنا من فرق ما بين الفعل والقول، بحال المجنونة إذا أرضعت والمجنون إذا طلق ما كفى.

فصل: فإذا تقرر أن طلاق الكره لا يقع، فجميع ما وقع الإكراه عليه ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يصح مع الإكراه ولا يتعلق به حكم الاختيار..

والثاني: ما يصح مع الإكراه ويستوي فيه حكم المكره والمختار.

والثالث: ما اختلف قول الشافعي فيه.

فأما القسم الأول: وهو ما لا يصح مع الإكراه ولا يتعلق به حكم، فهو الإكراه على الكفر وعلى سب الرسول ﷺ، وعلى عقد الأيمان بالله تعالى، أو بالطلاق والعتق وعلى سائر العقود من المناكح والبيوع والإجارات والوكالات على الطلاق والعتق والوقف والظهار والقذف والوصية، فهذا كله لا حكم له، إذا أكره على فعله، وكذلك الصائم إذا أوجر الطعام في حلقه فهو على صومه.

وأما القسم الثاني: الذي يصح مع الإكراه ويستوي فيه حكم المكره والمختار، فهو إسلام أهل الحرب والرضاع والحدث وطرح النجاسة على المصلي على خفه إذا كان ماسحاً، إلى ما جرى هذا المجرى فيكون وجود ذلك من المكره والمختار سواء.

وأما ما اختلف فيه قول الشافعي فالمكره على القتل في وجوب القود عليه قولان، وإكراه الرجل على الزنا في وجوب الحد عليه قولان وإكراه الصائم على الأكل في فطره به قولان وإكراه المصلي على الكلام في الصلاة في بطلانها قولان. وتوجيه القولين في هذه المسائل يذكر في مواضعها.

فصل: فإذا قد صح أن طلاق المكره لا يقع، فالكلام فيه مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في صفة المكرِه.

والثاني: في صفة الإكراه.

والثالث: في صفة المكرَه، فأما المكرِه، فهو من اجتمعت فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون قاهراً، والقاهر على ضربين:

أحدها: أن يكون عام القدرة كالسلطان والمنقلب.

والثاني: أن يكون خاص القدرة كالمتلصص، والسيد مع عبده، وكلاهما مكره، وهما في الحكم سواء، إذا كانت قدرة المكره نافذة على المكره.

والشرط الثاني: أن يغلب في النفس بالأمارات الظاهرة أنه سيفعل عند الامتناع من إصابته ما يتوعده به وتهدده، فأما إن لم يغلب على النفس، جاز أن يفعل ولا يفعل فليس بمكره.

والشرط الثالث: أن يكون مكرهاً بظلم، فأما إن أكره بغير ظلم كإكراه المولى على الطلاق في قول من يرى أن يكره عليه، فلا يجري عليه حكم المكره، وما أكره عليه الطلاق واقع، وكالناذر عتق عبد بعينه، إذا امتنع من عتقه فأكره عليه، فقد عتقه لأن المأخوذ به حق واجب وهو بامتناعه منه طوعاً ظالم آثم، فإذا تكاملت هذه الشروط الثلاثة في المكره صار مكرها.

فصل: وأما الأكراه بإدخال الضرر والأذى البين على المكره، وذلك قد يكون من أحد سبعة أوجه:

أحدها: القتل، وهو أعظم ما يدخل به الضرر على النفس، فإذا هدره في نفسه كان إكراهاً، فإن هدر به في غيره، فلا يخلو حال الغير من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن بينهم بعضية كالوالدين وإن علوا، والمولودين وإن سفلوا، فيكون التهديد بقتلهم إكراهاً لأن البعضية تقتضي التمازج في الأحكام.

والقسم الثاني: أن يكون من غير ذي رحم محرم، إما أجنبياً أو ذا نسب لا يكون محرماً كبني الأعمام وبني الأخوال، فلا يكون تهديده بقتلهم إكراهاً، لأن بين جميع الناس تناسب من بعيد.

والقسم الثالث: أن يكون ذا رحم محرم كالإخوة والأخوات وبنيهما، والأعمام والعمات دون بنيها والأخوال والخالات دون بنيها، فهل يكون التهديد بقتلهم إكراهاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون إكراهاً لثبوت المحرم كالوالدين.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً لعدم البعضية كالأبعدين، فهذا حكم التهديد بالقتل.

والثاني: الجرح، إما بقطع طرف أو إنهار دم، فهو إكراه لما فيه من إدخال ألم، وأنه ربما سرى إلى النفس.

والثالث: الضرب، فيكون إكراهاً لألمه وضرره، إلا أن يكون في قوم من أهل الشطارة والصعلكة الذين يتباهون في احتمال الضرب، ويتفاخرون في الصبر عليه فلا يكون إكراهاً في أمثالهم.

والرابع: الحبس، فلا يخلو أمره فيه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يهدده بطول الحبس فيكون إكراهاً، لدخول الضرر به.

والثاني: أن يكون قصير الزمان كاليوم ونحوه فلا يكون إكراهاً لقربه وقلة ضرره.

والثالث: أن لا يعلم طوله ولا قصره فيكون إكراهاً، لأن الظاهر في المحبوس على شيء أنه لا يطيق إلا بعد فعله وحكم القيد، إذا هدر به كحكم الحبس، لأن أحد المانعين من التصرف.

والخامس: أخذ المال، فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون كثيراً يؤثر أخذه في حاله فيكون إكراهاً..

والثاني: أن يكون قليلاً، فلا يؤثر في حاله فلا يكون إكراهاً.

والثالث: أن يكون كثيراً إلا أنه لا يؤثر في حاله لسعة ماله، ففي كونه مكرهاً بأخذه وجهان:

أحدهما: يكون مكرهاً بقدر المال المنفوس به.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً اعتباراً بما له التي لا يؤثر المأخوذ فيها.

والسادس: النفي عن بلده، فننظر حاله، فإن كان ذا ولد وأهل مال لا يقدر على نقل أهله وماله معه كان إكراهاً، وإن قدر على نقلهما ومكن منهما ففي كونه إكراهاً وجهان:

أحدهما: لا يكون إكراهاً لتساوي البلاد كلها في مقامه فيما شاء منها.

والثاني: يكون إكراهاً، لأن النفي عقوبة كالحد، ولأن في تغريبه عن وطنه مشقة لاحقة به.

والسابع: السب والاستخفاف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون من رعاع الناس وسفلتهم الذين لا يتناكرون ذلك فيما بينهم ولا يغض لهم جاهاً، فلا يكون ذلك إكراهاً في أمثالهم.

والثاني: أن يكون من الصيانات وذوي المروءات ففيه وجهان:

أحدهما: يكون ذلك إكراهاً في أمثالهم، لما يلحقهم من وهن الجاه، وألم الغلب.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً، لأن الناس قد علموا أنهم مظلومون به، والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن ينظر حال الإنسان فإن كان من أهل الدنيا وطالبي فيها الرتب، كان ذلك إكراهاً في مثله، لأنه ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، وإن كان من أهل الآخرة وذوي الزهادة في الدنيا، لم يكن ذلك إكراهاً في مثله، لأنه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، بل ربما كان إعلاء لذكره مع كثرة صوابه، هذا مالك بن أنس، جرد للسياط فيما كان يفتي به من سقوط يمين المكره، فكأنما كان ذلك حلياً حلي به في الناس، فهذا حكم الإكراه.

فصل: فأما المكره فيعتبر فيه ثلاثة شروط وهو الذي لا يقدر على دفع الإكراه عن نفسه إلا بالهرب من المكره لحبسه أو لإمساكه، فإن قدر على الهرب لم يكن مكرهاً.

وأن يعلم إنه إن خوف المكره بالله تعالى لم يخف لعتوه وبغيه، فإن علم أنه إن خوفه بالله تعالى خاف وكف فليس بمكره، وأن لا يكون له ناصر يمنع منه، ولا شفيع يكفه عنه، فإن وجد ناصراً أو شفيعاً فليس بمكره، فإذا عدم الخلاص من أحد هذه الوجوه الثلاثة تحقق إكراهه، فإذا تلفظ حينئذ بالطلاق لم يخل حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتكلم بالطلاق غير قاصد للفظ الطلاق ولا مريد لإيقاعه فهو الذي لا يقع طلاقه، لوجود الإكراه على اللفظ وعدم الإرادة في الوقوع.

والقسم الثاني: أن يقصد لفظ الطلاق، ويريد إيقاعه فطلاق هذا واقع لارتفاع حكم الإرادة بقصده وإرادته.

والقسم الثالث: أن يقصد لفظ الثلاث ولا يريد إيقاعه ففي وقوع الطلاق منه وجهان:

أحدهما: لا يقع طلاقه لفقد الإرادة في الوقوع.

والوجه الثاني: يقع طلاقه لقصده لفظ الطلاق، فصار فيه كالمختار، وإذا تلفظ المختار بالطلاق ولم يرد به وقوع الطلاق وقع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «خَلاَ السَّكْرَانِ مِنْ خَمْرٍ أَوْ نَبِيذٍ فَإِنَّ الْمَعْصِيَةَ بِشُرْبِ الْخَمْرِ لاَ تُسْقِطُ عَنْهُ فَرْضاً وَلاَ طَلاَقاً وَالْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ مِنْ غَيْرِ مَعْصِيَةٍ مُثَابٌ فَكَيْفَ يُقَاسُ مَنْ عَلَيْهِ الْعِقَابُ عَلَى مَنْ لَهُ الثَّوَابُ وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْحِجَازِ لاَ يَلْزَمُهُ طَلاَقٌ فَيَلْزَمُهُ

إِذَا لَمْ يَجُزْ عَلَيْهِ تَحْرِيمُ الطَّلاَقِ أَنْ يَقُولَ وَلاَ عَلَيْهِ قَضَاءُ الصَّلاَةِ كَمَا لاَ يَكُونُ عَلَى الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ قَضَاءُ صَلاَةٍ».

قال الماوردي: وهذه المسائل تشتمل على فصلين:

أحدهما: طلاق المغلوب على عقله.

والثاني: طلاق السكران، فأما المغلوب على عقله بجنون أو عَتَه إو إغماء أو غش أو نوم، فإذا تلفظ بالطلاق في حاله هذه التي غلب فيها على عقله فلا طلاق عليه، لقول النبيّ ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَنْتَبِهَ».

ولأنهم بزوال العقل أسوأ حالاً من المكره العاقل، فكان ما دلّ على ارتفاع طلاق المكره فهو على ارتفاع طلاق هؤلاء أدل. فلو أفاق المغلوب على عقله بما ذكرنا بعد أن تلفظ بالطلاق لم يلزمه بعد الإفاقة طلاق، فلو اختلفا قالت الزوجة: قد كنت وقت طلاقي عاقلاً، وإنما تجاننت أو تغاشيت أو تناومت، وقال الزوج: بل كنت مغلوب العقل بالجنون والإغماء والنوم فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا طلاق عليه، لأمرين.

أحدهما: اعتباراً بالظاهر من حاله.

والثاني: أنه أعرف بنفسه من غيره. ولو اختلفا فقال الزوج: طلقتك في حال الجنون. وقالت الزوجة: بل طلقتني بعد الإفاقة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه، ولا طلاق عليه، لأن الأصل بقاء النكاح، وأن لا طلاق عليه.

والثاني: أن القول قولها مع يمينها، والطلاق له لازم، لأن الأصل الإفاقة، والتزام أحكام الطلاق إلا على صفة مخصوصة، ولكن لو ادعى أنه طلقها وهو مجنون، وأنكرت أن يكون قد جن قط، فالقول قولها مع يمينها، والطلاق له لازم، لأنه على أصل الصحة حتى يعلم غيرها.

فصل: وأما السكران فعلى ضربين:

أحدهما: أن يسكر بشرب مطرب (فعلى ضربين).

والثاني: أن يسكر بشرب دواء غير مطرب، فإن سكر بشرب مسكر مطرب فعلى ضربين:

أحدهما: أن لا ينسب فيه إلى معصية، إما لأنه شربه وهو لا يعلم أنه مسكر، وإما بأن أكره عليه وأوجر الشراب في حلقه، فهذا في حكم المغلوب على عقله، ولا طلاق عليه لارتفاع المأثم عنه.

والضرب الثاني: أن يكون عاصياً فيه لعلمه بأنه مسكر، وشربه له مختار، فقد اختلف الناس في وقوع طلاقه، فذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء إلى وقوع طلاقه.

وحكي عن عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ ومجاهد وربيعة والليث بن سعد وداود أن طلاقه لا يقع، وبه قال من أصحابنا المزني وأبو ثور، ومن أصحاب أبي حنيفة الطحاوي والكرخي، وحكى المزني في جامعه الكبير عن الشافعي في القديم في ظهار السكران قولين:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في كتبه يقع، والمشهور من مذهبه.

والثاني: لا يقع وحكم طلاقه وظهاره في الوقوع والسقوط واحد، فاختلف أصحابنا في هذا القول الذي تفرد المزني بنقله في القديم، ولم يساعده غيره من أصحاب القديم، ولا وجد في شيء من كتبه القديمة هل يصح تخريجه قولاً ثانياً للشافعي في القديم، أن طلاقه وظهاره لا يقع؟ فذهبت طائفة منهم إلى صحة تخريجه، وأنه قول ثان للشافعي، لأن المزني ثقة فيما يرويه ضابطاً لما ينقله ويحكيه، وذهب الأكثرون منهم إلى أنه لا يصح هذا التخريج، وليس في طلاق السكران إلا قول واحد أنه يقع، لأن المزني وإن كان ثقة ضابطاً، فأصحاب القديم بمذهبيه فيه أعرف، ويجوز إن ظهر به المزني أن يكون حكاه عن غيره.

واستدل من ذهب إلى أن طلاقه غير واقع، بأنه مفقود الإرادة بعلم ظاهر، فلم يقع طلاقه كالمكره. ولأنه زائل العقل، فلم يقع طلاقه كالمجنون، ولأنه غير مميز فلم يقع طلاقه كالصغير ودليلنا من طريقين:

أحدهما: ثبوت تكليفه.

والثاني: وقوع طلاقه.

فأما ثبوت تكليفه فبقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾** [النساء: ٤٣]. .

فدلت على تكليفهم من وجهين:

أحدهما: تسميتهم بالمؤمنين، وندائهم بالإيمان، ولا ينادى به إلا له.

والثاني: نهيهم في حال السكر أن يقربوا الصلاة، ولا ينهى إلا مكلف، ولأنه إجماع الصحابة، لأن عمر شاورهم في حد الخمر، وقال: أرى الناس قد بالغوا في شربه واستهانوا بحده، فماذا ترون؟ فقال علي عليه السلام: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فأرى أن يحد حد المفتري ثمانين، فحده عمر وعثمان

وعليّ ثمانين، فكان الدليل منه أن الزيادة على الأربعين علة لافترائه في سكره، ولو كان غير مكلف لما حد بما أتاه ولا كان مؤاخذاً به وفي مؤاخذته به دليل على تكليفه، فإذا ثبت أنه مكلف، وجب أن يقع طلاقه كالصاحي.

وأما الدليل على وقوع طلاقه في الأصل، فما رواه الزهري عن سعيد بن المسيب ورواه عبدالله بن الزبير أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا خَطَبَ خَدِيجَةَ بِنْتَ خُوَيْلِدٍ تَزَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهَا خُوَيْلد وَهُوَ سَكْرَانٌ وَدَخَلَ بهَا، فَلَمَّا جَاءَ الإِسْلاَمُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لاَيُزَوِّجُ نَشْوَانٌ وَلاَ يُطَلِّقُ إِلاَّ أَجَزْتُهُ»[١] وهذانص.

ولأنه مؤاخذ بسكره، فوجب أن يكون مؤاخذاً بما حدث عن سكره، ألا ترى أن من جنى جناية فسرت لما كان مؤاخذاً بِهَا، كان مؤاخذاً بسرايتها، فإن قيل فليس السكر من فعله وإنما هو من فعل الله تعالى فيه، فكيف صار منسوباً إليه، ومؤاخذاً به؟ قيل: لأن سببه وهو الشرب من فعله. فصار ما حدث عنه وإن كان من فعل الله تعالى منسوباً إلى فعله، كما أن سراية الجناية لما حدثت عن فعله، نسبت إليه وكان مؤاخذاً بها، وإن كان من فعل الله تعالى فيه، لأن رفع الطلاق تخفيف ورخصة، وإيقاعه تغليظ وغريمة، فإذا وقع من الصاحي وليس بعاص، كان وقوعه من السكران مع المعصية أولى، لأن السكران ليس يستدل على سكره بعلم ظاهر، هو معذور فيه، وإنما يعرف من جهته، وهو فاسق مردود الخبر وربما تساكر تصنعاً، فلم يجز أن يعدل به عن يقين الحكم السابق، بالتوهم الطارىء، ولا يجوز اعتباره بالمكره والمجنون لأمرين:

أحدهما: أن مع المكره والمجنون علم ظاهر يدل على فقد الإرادة هما فيه معذوران، بخلاف السكران.

والثاني: أن المكره والمجنون غير مؤاخذين بالإكراه والجنون، فلم يؤاخذا بما حدث فيهما، كما أن من قطع يد سارق فسرت إلى نفسه، لا يؤاخذه بالسراية، لأنه غير مؤاخذ بالقطع، ولو كان متعدياً بالقطع لكان مؤاخذاً بالسراية، كما كان مؤاخذاً بالقطع، وخالف الصبي لأنه مكلف والصبي غير مكلف، وإذا صح أن طلاقه واقع، فقد اختلف أصحابنا في علة وقوعه على ثلاثة أوجه:

أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج: العلة في وقوع طلاقه أنه متهم فيه لنفسه، وأنه لا يعلم سكره إلا من جهته، فعلى هذا يلزمه الطلاق وجميع الأحكام المغلظة والمخففة في الظاهر دون الباطن، ويكون فيما بينه وبين الله تعالى فيها مديناً.

---

(١) أخرجه بنحوه عبدالرزاق في المصنف (١٢٣٠٧، ١٢٣٠٩).

والوجه الثاني: أن العلة في وقوع طلاقه بأنه المعصية مغلظ عليه، فعلى هذا يلزمه كل ما كان مغلظاً من الطلاق، والظهار والعتق والردة والحدود، ولا يصح منه ما كان تخفيفاً كالنكاح والرجعة، وقبول الهبات والوصايا.

والوجه الثالث وهو قول الجمهور: أن العلة في وقوع طلاقه إسقاط حكم سكره بتكليفه، وأنه كالصاحي فعلى هذا يصح منه جميع ما كان تغليظاً وتخفيفاً، ظاهراً وباطناً، قال أبو حامد المروزي: كنت أذهب إلى الوجه الثاني حتى وجدت نصاً للشافعي أنه يصح رجعته وإسلامه من الردة فرجعت إلى هذا الوجه.

فصل: وأما السكران بشرب دواء غير مطرب كشارب البنج وما في معناه، فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يقصد به التداوي ولا يقصد به السكر، فلا يقطع طلاقه وهو في حكم المغشي عليه، لأنه مباح لا يؤاخذ به.

والوجه الثاني: أن يقصد به السكر دون التداوي ففيه وجهان.

أحدهما: أن يكون في حكم السكر من الشراب، في وقوع طلاقه، ومؤاخذته بأحكامه على ما ذكرنا، لمؤاخذته بسكره ومعصيته بتناوله كمعصيته بتناول الشراب.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يقع طلاقه، ولا يؤاخذ بأحكامه ويكون في حكم المغشي عليه، وإن كان عاصياً به، لأن الشراب مطرب يدعو النفوس إلى تناوله فغلظ حكمه آخراً عنه بوقوع الطلاق، كما غلظ بالحد، وهذا غير مطرب، والنفوس منه نافرة، ولذلك لم يغلظ بالحد، فلم يغلظ بوقوع الطلاق والله أعلم بالصواب.

بَـاب الطَّلَاق بِالْحِسَابِ وَالِاسْتِثْنَاءِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابَيْنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي اثْنَتَيْنِ فإنْ نَوَى مَقْرُونَةً بِاثْنَتَيْنِ فَهِيَ ثَلَاثٌ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ فَهِي اثْنَتَان وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً فَوَاحِدَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا قال لها: أنت طالق واحدة في اثنتين، فقد قسم الشافعي حاله فيه ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يريد واحدة مع اثنتين، فتطلق ثلاثاً لأن «في» قد تقوم مقام مع، لأنها من حروف الصفات التي يقوم بعضها مقام بعض، قال الله تعالى: ﴿وَنَصَرْنَاهُ مِنَ الْقَوْمِ﴾ [الأنبياء: ٧٧]. أي على القوم.

والقسم الثاني: أن يريد الحساب وهو مضروب واحدة في اثنتين، فتطلق اثنتين، لأنهما مضروب الواحدة فيهما.

والقسم الثالث: أن لا يكون إرادة، فالذي نص عليه الشافعي في جميع كتبه ونقله المزني هاهنا، وفي جامعه الكبير أنها تكون واحدة، لأن قوله: أنت طالق واحدة إيقاع لها وقوله في اثنتين على مقتضى اللسان، ظرف للواحدة، والظرف محل لا يتبع المقصود في حكمه، كما لو قال: أنت طالق في ثوبين، أو في دارين، طلقت واحدة إذا لم يرد أكثر منها، وكما لو أقر بثوب في منديل كان إقراراً بالثوب، دون المنديل، وهذا قول أبي حنيفة أيضاً. وقال أبو إسحاق المروزي: تطلق اثنتين إذا لم تكن له إرادة، لأنه ليس للطلاق محل، فيجعل الاثنتين ظرفاً، وإذا بطل أن يكون ظرفاً، فصار محمولاً على موجب الحساب فكان اثنتين، وهذا مع مخالفته للنص فاسد، لأنه إن لم يكن للطلاق محل فللمطلقة محل فجرى مجرى قوله في ثوبين وفي دارين، وهو محتمل لذلك، فلم يبطل حكم هذا الاحتمال.

فصل: فعلى هذا لو قال: أنت طالق واحدة في ثلاث، فإن أراد مع ثلاث أو أراد الحساب طلقت ثلاثاً، وإن لم يكن له إرادة طلقت اثنين أيضاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً لَا تَقَعُ عَلَيْكِ فَهِيَ واحِدَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه قد أوقع واحدة، وأراد رفعها فالطلاق بعد وقوعه لا يرتفع، وجرى ذلك مجرى قوله لعبده، أنت حر حرية لا تقع عليك، فإنه يعتق عليه، لأن الحرية بعد العتق لا ترتفع، وهكذا لو قال: أنت طالق لا طلقت، ولم يؤثر قوله «لا» بعد تقديم الطلاق، ولو قال: أنت لا طالق لم يقع الطلاق، لأنه قدم حرف النفي.

ولو قال لها: أنت طالق اثنتين لا يقعان عليك طلقت اثنتين، وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً لا يقعن عليك، طلقت ثلاثاً، ولكن لو قال: أنت طالق واحدة وثانية لا تقع عليك أو قال: ثانية لا طلقت واحدة، لأن تقدير كلامه فأما الثانية فلا تقع عليك، وهكذا لو قال: أنت طالق اثنتين وثالثة لا تقع عليك، أو قال: وثالثة لا طلقت اثنتين، ولو قال: أنت طالق اثنتين لا تقع واحدة منهما عليك طلقت واحدة وصار استثناء كقوله: أنت طالق اثنتين لا واحدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ كَانَتْ تَطْلِيقَتَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا يختلف فيه أصحابنا، أنه إذا قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة أنها طالق طلقتين ولكن اختلفوا في الواحدة التي جعلها قبل التي أوقعها، هل تقع قبلها على موجب لفظه أو تقع معها؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تقع مع التي أوقعها ولا تقع قبلها، لأن لا يكون وقوع الطلاق سابقاً للفظ الطلاق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها تقع قبل التي أوقعها، اعتباراً بموجب لفظه، ويكون وقوعها بعد لفظه، وقبل التي أوقعها بلفظه، فيجعل ناجز الطلاق مؤخراً ليتقدمه طلاق الصفة حتى لا يكون وقوعه سابقاً للفظه، وهذا فاسد، لأن ناجز الطلاق يقع بنفس اللفظ ولا يتعقبه، ألا تراه لو قال لها: أنت طالق ومات مع آخر كلامه من غير فصل طلقت ولو كان يقع بعده لم تطلق فعلى قول أبي إسحاق تقع الطلقتان عليها بعد لفظه بزمانين، لتقع كل واحدة من الطلقتين في كل واحد من الزمانين. وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة، تقع الطلقتان بنفس الفظ من غير زمان يعتبر بعده.

فلو قال الزوج: أردت بقولي قبلها واحدة في نكاح كان تقدمه، فإن صدقته الزوجة عليه لم تطلق إلا واحدة، وإن أكذبته فإن كانت له بنية على النكاح المتقدم، كان القول فيه قوله مع يمينه، ولا تطلق إلا واحدة، وإن لم تكن له بينة، كان القول قولها مع يمينها، لأن الظاهر معها ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان، وكان مديناً في الباطن لا يلزمه إلا واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، طلقت طلقتين، وتكون واحدة بعد واحدة على موجب لفظه، لا يختلف فيه أصحابنا، فتكون الناجزة متقدمة على الواقعة بالصفة إلا أن على قول أبي إسحاق تقع الأولى بعد قوله: أنت طالق واحدة، وتقع الثانية بعد قوله بعدها واحدة، وعلى قول أبي علي: تقع الأولى مع قوله: أنت طالق واحدة، وتقع الثانية مع قوله: بعدها واحدة، فلو قال الزوج: أردت بقولي بعدها واحدة، أنني استأنف إيقاعها عليها من بعد لفظ مستجد، ولم أرد إيقاعها الآن بهذا اللفظ، فإن صدقته الزوجة قبل منه ظاهراً وباطناً، ولم يلزمه في الحال إلا واحدة، فكان موعداً بطلقة أخرى، إن أوقعها، وإلا لم يجبر عليها، وإن أكذبته الزوجة لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ولزمته طلقتان، وكان مديناً في الباطن لا تلزمه إلا واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة وبعدها واحدة طلقت ثلاثاً.

وهكذا لو قال: أنت طالق واحدة بعد واحدة وبعد واحدة، طلقت ثلاثاً، ولا فرق بين أن يقول قبلها واحدة وبعدها واحدة، وبين أن يقول قبل واحدة وبعد واحدة.

ولو قال: أنت طالق واحدة مع واحدة طلقت طلقتين، ولو قال: أنت طالق واحدة فوق واحدة، أو أنت طالق واحدة تحت واحدة طلقت طلقتين.

ولو قال في الإقرار على درهم فوق درهم أو تحت درهم لم يلزمه إلا درهم واحد والفرق بينهما: أن الدراهم تتفاضل، فجاز أن ينسب فوق إلى الجودة وتحت إلى الرداءة والطلاق لا يتفاضل، فلم يصح أن ينسب إلا إلى الوقوع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ رَأْسُكِ أَوْ شَعْرُكِ أَوْ يَدُكِ أَوْ رِجْلُكِ أَوْ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِكِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ لَا يَقَعُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا طلق بعض بدنها طلق جميعها، سواء كان ما طلقه منها جزءاً شائعاً مقدراً كقوله: ربعك طالق، أو نصفك طالق، أو غير مقدر كقوله جزء منك طالق، أو كان عضواً معيناً كقوله: رأسك طالق، أو يدك طالق أو شعرك طالق، أو ظفرك طالق، وسواء كان العضو مما يعبر به عن الجملة ولا يحيى كالرأس أو كان مما لا يعبر به عن الجملة ويحيى بفقده كاليد والشعر. أو كان مما لا يعبر به عن الجملة واختلف أصحابنا في طلاق بعضها، هل يقع عليه ثم يسري منه على وجهين:

أحدهما: أنه يقع الطلاق على ذلك البعض ثم يسري منه إلى جميعها.

والوجه الثاني: أنه ينكمل في الحال ثم يقع على جميعها في حالة واحدة من غير سراية.

وقال أبو حنيفة: إن طلق جزءاً شائعاً منها طلقت، مقدراً كان أو غير مقدر، وإن طلق عضواً منها، طلقت بخمسة أعضاء وهي قوله: رأسك طالق أو ظهرك طالق، أو وجهك طالق، أو رقبتك طالق أو فرجك طالق، ولا تطلق بغيرها من قوله: يدك طالق ورجلك طالق، وشعرك طالق.

واختلف أصحابنا في علة وقوع الطلاق بهذه الأعضاء الخمسة دون غيرها فقال بعضهم: العلة فيها أنها أعضاء لا يحيى بقطعها، واليد والرجل يحيى بقطعها، وقال آخرون منهم: وهو قول أكثرهم إن العلة فيها أنه قد يعبر بهذه الأعضاء الخمسة عن جملتها، ولا يعبر بغيرها عنها، أما الوجه قوله تعالى: ﴿وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالإِكْرَامِ﴾ [الرحمٰن: ٢٧]. وأما الرأس فلقولهم: عندي كذا رأس من الرقيق، وأما الظهر فلقولهم: عندي من الظهر كذا وكذا، وأما الرقبة فلقوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]. .

وأما الفرج فلقوله ﷺ: «فَكَيْفَ بِكُمْ إِذَا رَكِبَتِ الْفُرُوجُ السُّرُوجَ».

واستدل على أن الطلاق لا يقع بطلاق ما سواها، بأنه جزء يصح بقاء النكاح مع فقده، فإذا أوقع الطلاق عليه لم يطلق به كالدم واللحم.

قال: ولأن صحة الطلاق معتبر بالقول، فلم يصح إيقاعه على غير معين كالبيع والنكاح قال: ولأنه سبب للفرقة فلم يصح تعليقه ببعض معين كالفسخ.

ودليلنا: أنه طلق جزءاً استباحه بعقد النكاح فوجب أن يقع به الطلاق، إذا كان من أصله كالجزء الشائع، فإن قيل: المعنى في الجزء الشائع، أنه يجوز إفراده بالبيع، فوقع به الطلاق، والجزء المعين لا يجوز إفراده بالبيع، فلم يقع به الطلاق.

قيل: لا يصح اعتبار الطلاق بالبيع، لأن البيع يقف على ما تناوله ولا يسري إلى غيره، فصح في الجزء الشائع، لأنه منتفع به، ولم يصح في الجزء المعين، ، لأنه غير منتفع به، وليس كذلك الطلاق، لأنه يسري، فوقع على الجزء المعين والشائع جميعاً لسرايتها إلى الجميع، فإن قيل فالجزء المشاع هو شائع في جميع البدن، فجاز أن يسري، والجزء المعين ليس بشائع في جميع البدن فلم يجز أن يسري قيل إذا جاز أن يسري من ذلك الجزء الشائع إلى جميع الأجزاء جاز أن يسري من ذلك العضو المعين إلى جميع الأعضاء.

فإن قيل: فالعضو تابع للجملة ولا يجوز أن يسري حكم التابع إلى المتبوع، كما لا يسري عتق الحمل إلى الحامل لأن الحمل تابع، ويسري عتق الحامل إلى الحمل، لأنه متبوع، قيل العضو تابع للنفس فلذلك دخلت ديات الأطراف في دية النفس،

وليس العضو تابع للبدن، لأنه لا يدخل دية عضو في دية عضو، ثم ينتقض بطلاق الفرج والأعضاء الخمسة.

وقياس ثان: وهو أنه أشار بالطلاق إلى عضو متصل بها اتصال الخلقة، فوجب أن يكون كالإشارة به إلى جميع الجملة كالأعضاء الخمسة، وقولنا: اتصال الخلقة احترازاً من الأذن إذا ألصقت بعد قطعها، فإنه إذا وقع الطلاق عليه لم يطلق به.

فإن قيل: المعنى في الأعضاء الخمسة أنها قوم البدن، وأنها لا يحيى بفقدها انتقض بالكبد والفؤاد لأنهما قوام البدن، لا يحيى إلا بهما، ولا تطلق عنده بطلاقهما.

وأن يقال: المعنى فيها أنه يعبر بها عن الجملة، كان الجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يعبر عن الجملة على طريق المجاز دون الحقيقة، وصريح الطلاق يتعلق بالحقيقة دون المجاز.

والثاني: أنه يعبر بها عن الجملة إذا أطلقت من غير إضافة وهي هاهنا مضافة، لأنه قال: رأسك طالق، فلم يعبر بها مع الإضافة إلا عنها، لا عن الجملة، لأن الإضافة قد ميزت المضاف من المضاف إليه.

والثالث: أنه قد يعبر عن الجملة بغير الأعضاء الخمسة. أما اليد فبقوله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ﴾ [المسد: ١].

وأما الرجل فلقولهم: لفلان عند السلطان قدم أي منزلة، وأما الشَّعْر فلقولهم حيا الله هذه اللحية أي الجملة.

وقياس ثالث: وهو أن كلما لو استثناه من عقد النكاح بطل، وجب إذا أوقع عليه الطلاق أن يقع كالفرج.

فأما الجواب عن قياسه على الحمل والدم، فالمعنى فيهما أنه لم يستبحهما بعقد النكاح.

وأما الجواب عن قياسه على البيع والنكاح، فالمعنى فيهما أنهما لا يدخلهما السراية.

وأما الجواب عن قياسه على الفسخ فالمعنى في الفسخ أنه لا يسري كسراية الطلاق فخالف حكم الطلاق.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فكل ما كان متصلاً ببدنها اتصال الخلقة من جميع الأطراف والشعر، وإذا أوقع عليه الطلاق، وقع على جميعها على ما قدمناه من وجهي أصحابنا في وقوعه جملة أو سراية. فأما ما لم يكن متصلاً اتصال الخلقة، كالحمل

والأذن الملصقة بعد القطع، فلا تطلق بطلاقه. وكذلك الدم والريق والعرق، لأن البدن وعاؤه وليس بمتصل به، كما يكون وعاء للطعام والشراب، ولذلك ينفصل عن البدن كانفصال الطعام والشراب، فذلك لم تطلق بطلاقه.

وقال ابن أبي ليلى: تطلق بطلاق ذلك، لكونه من جملتها وفي بدنها كسائر أعضائها، وهذا خطأ لما عللنا به، وأنه يجري مجرى قوله: ثيابك طالق، وهكذا لو أوقع الطلاق على أفعالها فقال: أكلك طالق، أو شربك طالق أو قيامك طالق أو وقودك طالق، وهكذا إذا أوقعه على حواسها فقال: نظرك طالق أو سمعك طالق أو ذوقك طالق أو لمسك طالق لم تطلق، لانفصاله عنها، إلا أن يوقعه على جوارح هذه الحواس فيقول: عينك طالق، وأذنك طالق، وأنفك طالق ولسانك طالق فتطلق، فإن قال: عندك طالق لم تطلق أيضاً، فأما إن قال: بياضك طالق أو سوادك طالق، أو لونك طالق ففي وقوعه عليها وجهان:

أحدهما: تطلق، لأنه من ذاتها التي لا تنفصل عنها.

والوجه الثاني: أنها لا تطلق، لأن الألوان أعراض تحل الذات وليست أجساماً كالذات.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إلا فرجك، طلقت مع فرجها، لأنها لا تبتعض في الطلاق والاستثناء لا يسري، والطلاق يسري ولو قال لها: أنت طالق إلا أنت، وطلقت وكان هذا الاستثناء لغواً، لأنه رافع لجميع الأحكام.

فصل: ولو قال وله زوجتان: يا حفصة أنت طالق ورأس عمرة بالرفع، طلقت حفصة وعمرة، لأنه طلق جميع حفصة وطلق رأس عمرة، فطلق جميعها، ولو قال: يا حفصة: أنت طالق ورأس عمرة بالكسر لم تطلق عمرة، لأنه صار خارجاً مخرج القسم برأس عمرة على طلاق حفصة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ بَعْضَ تَطْلِيقَةٍ كَانَتْ تَطْلِيقَةً وَالطَّلَاقُ لَا يَتَبَعَّضُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا بعض طلاقها يكمل ولم يتبعض، سواء كان البعض منها كقوله: أنت طالق بعض طلقة، أو كان مقداراً: أنت طالق نصف طلقة أو عشر طلقة، سواء قل البعض أو كثر، ويكون طلقة كاملة وقال داود: لا يقع الطلاق عليها إلا بطلقة كاملة وإن طلقها بعض طلقة لم تطلق، لأنه لما لم يتبعض لم يجز أن يلزم منه، ما لم يلزم، وصار البعض الذي أوقعه لغواً.

وهذا فاسد، لأن تكميل الطلاق موجب لكمال التحريم، وتبعيضه مقتضى

تبعيض التحريم والتحريم لا يتبعض، فصار التحريم بالتبعيض ممازجاً للتحليل، وهما لا يمتزجان فلم يكن بد من تغليب أحدهما على الآخر، فكان تغليب التحريم أولى الأمرين:

أحدهما: أن الحظر والإباحة إذا اجتمعا يغلب حكم الحظر على الإباحة، كاختلاط زوجته بأخته.

والثاني: أن تحريم الطلاق يسري، وإباحة النكاح لا تسري، لأنه لو طلق نصف زوجته سرى الطلاق إلى جميعها، ولو نكح نصف امرأة لم يسر النكاح إلى جميعها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَيْ تَطْلِيقَة فَهِيَ وَاحِدَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن للواحدة نصفين، فلم يكن فرق بين أن يقول لها: أنت طالق طلقة واحدة، وبين أن يقول لها: أنت طالق نصفي طلقة واحدة، في أنها في الحالين طلقة واحدة، كما أن لا فرق بين أن يقول: له عليّ درهم، وبين أن يقول: له علي نصفا درهم، في أنه يكون في الحالين مقراً بدرهم وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثة أثلاث طلقة، أو أربعة أرباع طلقة، كانت طلقة واحدة، ما لم يرد أكثر منها، لأن للطلقة الواحدة ثلاث أثلاث وأربعة أرباع.

فصل: ولكن لو قال: أنت طالق نصف تطليقة، ومثله، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق واحدة، لأن مثل النصف نصف، فصار كأنه قال: نصفي تطليقة.

والوجه الثاني: تطلق تطليقتين لأمرين:

أحدهما: أنه لم يدخل بين النصفين واو العطف وقد أدخلها هاهنا.

والثاني: أنه أضاف النصفين إلى طلقة واحدة، ولم يضفها هاهنا إلى طلقة واحدة، فعلى هذا لو قال: أنت طالق نصف طلقة ومثله، طلقت على الوجه الأول طلقتين، وعلى الوجه الثاني ثلاث تطليقات، ولكن لو قال: أنت طالق نصف طلقة ونصفها طلقت ثنتين وجهاً واحداً.

والفرق بين المثل والضعف، أن المثل نظير، والضعف تكرير.

فصل: فأما إذا قال لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأن الثلاثة أنصاف تكون واحدة ونصف، فكمل اثنتين.

والوجه الثاني: تطلق واحدة، لأنه أضاف الثلاثة الأنصاف إلى الواحدة، فصار النصف الثالث بإضافته إلى الواحدة لغواً فسقط، وطلقت واحدة، وهكذا لو قال لها: أنت طالق أربعة أثلاث طلقة، أو خمسة أرباع طلقة كان على هذين الوجهين:

أحدهما: تطلق ثنتين.

والثاني: واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق نصف طلقة وثلثها وسدسها، طلقت واحدة، لأنه قد كملها بالأجزاء ولم يزد عليها، ولو قال: أنت طالق نصف طلقة وثلثها وربعها وسدسها فقد زادت أجزاؤها عليها، وهي مضافة إلى واحدة، فكان على وجهين، كقوله ثلاثة أضعاف طلقة:

أحدهما: تطلق ثنتين.

والثاني: واحدة، ولكن لو قال: أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة، طلقت ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق نصف طلقة سدس طلقة طلقت واحدة.

والفرق بينهما: أنه إذا أدخل بين الأجزاء «واو العطف» تغاير المعطوف عليه وإذا حذفها لم يتغاير.

فصل: ولو قال: أنت طالق نصف طلقتين، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تطلق واحدة ويصير كقوله واحدة من ثنتين، ويكون النصف مميزاً لإحداهما عن الأخرى.

والوجه الثاني: تطلق تطليقتين ويكون النصف راجعاً إلى كل واحدة من الطلقتين، فتطلق من كل واحدة منهما نصفها، ويسري إلى جميعها، وعلى هذا لو قال: أنت طالق نصفي تطليقتين، فعلى الوجه الأول: تطلق تطليقتين، وعلى الوجه الثاني: تطلق ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، طلقت ثلاثاً على الوجهين معاً، أما على الوجه الأول، فلأن النصف لما كان موقعاً لطلقة، وجب أن تكون الثلاثة أنصاف موقعاً لثلاث تطليقات.

وأما على الوجه الثاني: فلأن كل واحد من الأنصاف يرجع إلى كل واحدة من التطليقتين، فيصير موقعاً لست فوقع منها ثلاث.

فصل: ولو قال: أنت نصف طالق طلقت كما لو قال «نصفك طالق»، ولو قال: أنت نصف طلقة كان وقوع الطلاق عليها وجهان.

كقوله أنت الطلاق:

أحدهما: تطلق واحدة إذا قيل: إن قوله: أنت الطلاق صريح.

والثاني: لا تطلق إذا قيل إنه كناية.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ قَدْ أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ تَطْلِيقَةً كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَالِقاً وَاحِدَةً وَكَذَلِكَ تَطْلِيقَتَيْنِ وَثَلاَثاً وأَرْبَعاً إِلاَّ أَنْ يُرِيد قسْمَ كُل وَاحِدَةٍ فَيُطَلَّقْنَ ثَلاَثاً ثَلاَثاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال لأربع زوجات له: قد أوقعت بينكن تطليقة، كان ذلك صريحاً في وقوع الطلاق عليهن، لأنه لا فرق في عرف الخطاب بين قوله: قد أوقعت عليكن، وبين قوله قد أوقعت بينكن، كما لا فرق في الإقرار بين قوله: هذه الدار لزيد وعمرو، وبين قوله هي بين زيد وعمرو، لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، وإذا كان ذلك صريحاً فله في إيقاع الطلاق بينهن ستة أحوال:

أحدها: أن يوقع بينهن تطليقة واحدة، فتطلق كل واحدة منهن واحدة، لأن الواحدة إذا قسمت بين أربع، كان قسط كل واحدة منهن الربع فيكمل الربع بالسراية تطليقة كاملة.

والحال الثانية: أن يوقع بينهن تطليقتين فلا يخلو حاله فيهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد قسمة جملة التطليقة بينهن، فتطلق كل واحدة منهن واحدة، لأن قسطها من قسمة الثنتين نصف واحدة فكملت واحدة.

والقسم الثاني: أن يريد قسمة كل واحدة منهما بينهن، فتطلق كل واحدة منهن تطليقتين، لأن قسطها من كل واحدة منهما ربع، فيكمل الربع طلقة، فوقع عليها بالربعين تطليقتان.

والقسم الثالث: أن لا يكون له إرادة في القسم، فمذهب الشافعي أنه يحمل إطلاق ذلك على قسمة جملة التطليقتين بينهن، فيكون قسط كل واحدة منهن نصف تطليقة، وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر، وحكاه أبو علي الطبري في إفصاحه أنه يحمل إطلاق ذلك على قسمة كل تطليقة بينهن، فيكون قسط كل واحدة منهن ربعي تطليقتين، فتطلق تطليقتين، وما نص عليه الشافعي أصح، لأنه إذا كان محتملاً للأمرين وجب حمله على الأقل.

والحال الثالثة: أن يوقع بينهن ثلاث تطليقات، فإن أراد قيمة الجملة بينهن طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة، لأن قسطها من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة، فكملت تطليقة وإن أراد قسمة كل تطليقة بينهن كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن قسطها ثلاثة أرباع تطليقات فيكمل كل ربع تطليقة، وإن لم تكن له إرادة فعلى مذهب الشافعي يحمل على قسمة الجملة فتطلق كل واحدة منهن واحدة، وعلى الوجه الآخر تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً.

والحال الرابعة: أن يوقع بينهن أربع تطليقات، فإن أراد قسمة الجملة، طلقت كل واحدة منهن واحدة وعلى الوجه الآخر تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً، وتكون الرابعة لغواً، وإن لم تكن له إرادة فعلى مذهب الشافعي تطلق واحدة، وعلى الوجه الآخر ثلاثاً.

والحال الخامسة: أن يوقع بينهن خمس تطليقات، فإن أراد قسمة الجملة بينهن طلقت كل واحدة منهن تطليقتين، لأن قسط كل واحدة، واحدة وربع، فكملت ثنتين، وإن أراد قسمة كل تطليقة بينهن طلقت ثلاثاً من خمس، وإن لم تكن له إرادة فعلى مذهب الشافعي تطلق كل واحدة تطليقتين، وعلى الوجه الآخر ثلاثاً، وكذلك لو أوقع بينهن ستاً أو سبعاً أو ثمانية، لأن قسط كل واحدة من الست تطليقة ونصف، ومن السبع تطليقة وثلاثة أرباع، ومن الثمان تطليقتان، ولا فرق بين تطليقتين وبين تطليقة من بعض ثانية في تكميلها بطلقتين.

والحال السادسة: أن يوقع بينهن تسع تطليقات، فتطلق كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً، لأن قسطها من قسمة الجملة تطليقتان وربع، وهو أقل أحوالها، فكملت ثلاثاً، وكذلك لو أوقع بينهن أكثر من سبع أو أكبر من ثمان، ودون التسع كثمان ونصف أو ثمان وعشر، لأنه أزاد قسط كل واحدة على الثنتين ولو بيسير من ثالثة، كمل ثلاثاً.

فصل: ولو قال: قد أوقعت بينكن تسع تطليقات، وقال أردت بالتسع ثلاثاً واستثنيت الرابعة، طلق الثلاث ظاهراً وباطناً، وطلقت الرابعة في الظاهر، وكان مديناً في الباطن.

فصل: ولو قال: قد أوقعت بينكن خمساً، وقال: أردت التفضيل بينهن في القسمة، وأن يكون ثلاث من الخمس لواحدة، والثنتان الباقيتان بين الثلاث، قبل قوله التي فضلها ظاهراً، وطلقت منه ثلاثاً، وقد كان يقع عليها لولا التفضيل تطليقتان ولم يقبل قوله في اللائي نقصهن في الظاهر وإن كان مديناً في الباطن، لأنه قد كان يقع على كل واحدة منهن لولا التفضيل طلقتان، ويقع عليها مع التفضيل واحدة، فيلزمه في الظاهر تطليقتان وفي الباطن واحدة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا اثْنَتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا ثَلَاثاً فَهِيَ ثَلَاثٌ إِنَّمَا يَجُوزُ الاِسْتِثْنَاءُ إِذَا بَقِيَ شَيْئاً فَإِذَا لَمْ يَبْقَ شَيْئاً فَمُحَالٌ».

قال الماوردي: أما الاستثناء فهو ضد المستثنى منه، لأنه يخرج منه ما لولاه لكان داخلاً فيه، فيكون من الإثبات نفياً ومن النفي إثباتاً، فإذا قال: جاءني القوم إلا

زيداً، فقد أثبت مجيء القوم إليه، ونفى مجيء زيد إليه، لاستثنائه منهم ولو قال: ما جاءني أحداً إلاّ زيد، فقد نفى مجيء أحد وأثبت مجيء زيد لاستثنائه من نفي، وإذا عاد الاستثناء إلى جملة، كان المراد بها، ما بقي بعد الاستثناء منها، فإذا قال: له عشرة إلا ثلاثة كان إقراره بسبعة، ولم يكن فرق بين أن يقول مبتدئاً: علي سبعة وبين قوله: له عليّ عشرة إلا ثلاثة.

قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَاماً﴾ [العنكبوت: ١٤]. فكان كقوله: تسعمائة وخمسين عاماً، ويجوز أن يأتي استثناء ثاني بعد أول، وثالث بعد ثاني فيعود الأول إلى المستثنى نقص فيه إثباتاً كان الاستثناء الأول نفياً، والثاني إثباتاً، والثالث نفياً لما ذكرنا، من أن حكم الاستثناء ضد حكم المستثنى منه.

مثاله: أن يقول: له عشرة إلا سبعة إلا خمسة، فيكون مقراً بثمانية، لأن قوله له عليّ عشرة إثبات، فكان قوله إلا سبعة نفياً لها من العشرة، فسقطت منها بقيت ثلاثاً، فلما قال: إلا خمسة عاد إلى السبعة وهي نفي، فكانت الخمسة إثباتاً فزيدت على الثلاثة الباقية من العشرة، فصارت ثمانية، وصار مستثناً لاثنتين من عشرة، لأن الخمسة المستثناة من السبعة يبقى منها اثنتان فصار هو المستثنى من العشرة، وشاهده من كتاب الله تعالى قوله في قصة إبراهيم ولوط: ﴿قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾ [الحجر: ٥٨ ـ ٦٠]. فاستثنى آل لوط بالنجاة من القوم المجرمين في الهلاك ثم استثنى امرأة لوط من آل لوط المنجون من الهلاك، فصارت من الهالكين، فأما إذا كان بعد الاستثناء الأول يأتي بواو العطف، كانا استثناء واحداً كقوله: عليّ عشرة إلا أربعة إلا ثلاثة، فيكون كقوله: عليّ عشرة إلا سبعة، فيكون عليه ثلاثة، لأن واو العطف تجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، ومتى كان الاستثناء رافعاً لجميع المستثنى منه بطل الاستثناء وثبت المستثنى منه، كقوله له عليّ عشرة إلا عشرة، ثبت إقراره بالعشرة وبطل استثناؤه للعشرة، لأن الاستثناء موضوع لإبقاء بعض الجملة لا لرفعها، ألا ترى أنه لا يحسن أن يقول: جاء بنو تميم إلا بني تميم، ويحسن أن يقول: إلا الصبيان، لأن في الأول رافع، وفي الثاني مبقي، ويجوز أن يكون الاستثناء رافعاً للأول، مبقياً للأكثر إجماعاً، كقوله: عليّ عشرة إلاّ درهم، فيبقى تسعة يكون مقراً بها. فأما إذا كان رافعاً للأكثر مبقياً للأقل جاز على قول جميع الفقهاء وأكثر أهل العربية، فيقول: له عليّ عشرة إلا تسعة، فيكون مقراً بدرهم.

وحكي عن ابن درستويه من النحاة، أنه أبطل الاستثناء إذا كان رفع الأكثر، وأبقى الأقل وهو قول مطرح، لأن القرآن يدفعه. قال الله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ بِمَا أَغْوَيْتَنِي لَأُزَيِّنَنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَلَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾

[الحجر: ٣٩، ٤٠]. فاستثنى المخلصين المؤمنين، ونفى الكافرين ثم قال بعدها: ﴿إِنَّ عِبَادِيَ لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]. فاستثنى الغاوين من الكافرين وبقي المؤمنين، ولا بد أن يكون أحدهما أكثر من الآخر على أن الكفار أكثر لقوله: ﴿وَلاَ تَجِدُ أَكْثَرَهُمْ شَاكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٧]. فدل على جواز الاستثناء الأكثر وقال الشاعر.

أدوا التي نقصت تسعين عن مائة ... ثم ابعثوا حكماً بالحق قوالا[1]

فاستثنى تسعين من مائة وهي الأكثر.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من تمهيد هذه الأصول، كان الاستثناء في الطلاق مبنياً عليها. فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، طلقت اثنتين، لبقائها بعد استثنائها الواحدة.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة اثنتين، طلقت واحدة لبقائها بعد الاستثناء للاثنتين، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، طلقت ثلاثاً لإيقاعها بعد استثنائها ولو قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً. ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تطلق ثلاثاً، لأنه لا يملك من الطلاق إلاَّ ثلاثاً، والزيادة عليها من الخمس لغو فصار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فطلقت ثلاثاً.

والوجه الثاني: وقد حكاه البويطي عن الشافعي أنها تطلق اثنتين، لأن الخمس لغواً إذا لم يتعقبها استثناء، فأما مع الاستثناء فلا تكون لغواً لأن الباقي هو المقصود، فخرجت عن حكم اللغو، فعلى هذا لو قال: أنت طالق خمساً إلا اثنتين، طلقت على الوجه الأول واحدة لعود الاستثناء إلى الثلاث، وعلى الوجه الثاني: تطلق ثلاثاً لعود الاستثناء إلى الخمس. ولو قال: أنت طالق أربعاً إلا اثنتين، طلقت على الوجه الأول واحدة، وعلى الوجه الثاني اثنتين، ولكن لو قال: أنت طالق ستاً إلا ثلاثاً، طلقت ثلاثاً على الوجهين، لأن الاستثناء إن عاد إلى الست فقد أبقى ثلاثاً، وإن عاد إلى الثلاث فقد استثنى جميعها فلم يصح.

فصل: وإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، طلقت اثنتين، لأن الاستثناء الأول نفي فبقيت بعده واحدة، والاستثناء الثاني إثبات فزادت به واحدة، وتحقيقه أن الاستثناء الثاني قد أسقط من الاستثناء الأول واحدة، فصار الباقي منه واحدة، وهو القدر المستثنى من الثلاث فبقيت اثنتان، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا

---

(١) البيت ذكره القرافي الاستغناء في أحكام الاستثناء(ص(٥٣٨)ولم ينسبه.

واحدة وواحدة، طلقت واحدة، لأنه لما جمع بين عددي الاستثناء بواو العطف، صار المستثنى واحدة، وجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، فتطلق واحدة، وهكذا لو قال: أنت طالق طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة، طلقت واحدة، لأن دخول واو العطف بين العددين يجعل إعادة حرف الاستثناء تأكيداً. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن عددي الاستثناء إذا جمعا كانا ثلاثاً، فصار كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فتطلق ثلاثاً ويبطل الاستثناء لرفعه للجميع.

والوجه الثاني: تطلق واحدة، إسقاطاً للواحدة الأخيرة من عددي الاستثناء، لتكون الثنتان الباقيتان منه عدداً يصح الاستثناء، فلذلك طلقت واحدة، لأنه لما قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين بقيت واحدة، فإذا قال: إلا واحدة صار كأنه قد استثنى واحدة من واحدة فلم يصح، ولو كان قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واثنتين ففي الوجه الأول تطلق ثلاثاً إسقاطاً لجميع الاستثناء، وعلى الوجه الثاني تطلق اثنتين إسقاطاً لآخر العددين، وإثباتاً للأول، ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة، إلا واحدة طلقت ثلاثاً، وسقط الاستثناء، لأنه لما فرق الجملة المستثنى منها صار الاستثناء راجعاً إلى أقربها، وهي الواحدة الأخيرة، فلم يصح استثناؤها وهكذا لو قال لها: أنت طالق وطالق فطالق، إلا طلقة طلقت ثلاثاً، لأنه أفردها، ولم يجمعها فلم يصح الاستثناء فيها.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إلا اثنتين ونصف إلا واحدة، طلقت ثلاثاً، لأن نصف الثالثة يسري، فيصير واحدة كاملة، وقد ضمها إلى اثنتين بواو العطف، فصار كقوله: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة فتطلق ثلاثاً ويسقط استثناء الواحدة، لرجوعه إلى الواحدة وفيه وجه آخر: أنها تطلق طلقتين، لأن واو العطف دخلت هاهنا، فيما لا يستغنى عنه وسراية الطلاق تستقر بعد الاستثناء، فإذا استثنى واحدة من اثنتين ونصف بقيت واحدة ونصف فكملت اثنتين، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف، طلقت ثلاثاً، لأن الباقي بعد الاستثناء طلقتان ونصف، ويكون تكميل الطلاق في الواقع منه دون المستثنى.

ولو قال: أنت طالق طلقتين ونصف إلا طلقة ونصف ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تطلق ثلاثاً، لأن الطلقة ونصف لا يجوز أن يستثنى من نصف طلقة، فيسقط الاستثناء ويكمل الواقع ثلاثاً.

والوجه الثاني: أنها تطلق طلقتين، لأن النصف طلقة الواقعة مع الطلقتين قد

صارت ثلاثاً، وقد استثنى منها طلقة ونصف، فبقيت طلقة فكملت طلقتين.

والوجه الثالث: أنها تطلق واحدة، لأن كمال الواقع يكون بعد الاستثناء منه، وقد استثنى طلقة ونصف من طلقتين ونصف فبقيت واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تطلق تطلق ثلاثاً لأن الاستثناء الأول رافع للكل فيسقط، والاستثناء الثاني راجع إلى الأول فسقط بسقوطه.

والوجه الثاني: أنها تطلق طلقتين، لأن الاستثناء الأول سقط برفعه للكل وقام الاستثناء الثاني مقام الأول، فنفى طلقة وبقيت طلقتان.

والوجه الثالث: أنها تطلق واحدة، لأن الاستثناء الأول قد عاد إليه الاستثناء الثاني فبقي منه واحدة ونفى منه اثنتان، فصح عوده إلى الثلاث، فبقي منها طلقة واحدة. وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثنتين، كان على ثلاثة أوجه:

أحدها: تطلق ثلاثاً ويسقط جميع الاستثناء.

والثاني: تطلق واحدة، إسقاطاً للاستثناء الأول، وإقامة الثاني مقامه.

والثالث: تطلق اثنتان، لأن الاستثناء الأخير يرجع إلى الاستثناء الأول، فبقي منه واحدة فيصح استثناء الواحدة من الثلاثة، فتبقى اثنتان وتطلق واحدة استعمالاً لها فتسقط من الأول اثنتان، وتبقى منه واحدة، وهو القدر المستثنى.

فصل: واعلم أن الاستثناء يصح بجميع حروفه المستعملة فيه، وهي: إلا، وغير، وسوى، وخلا، وحاشى، وعدا، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، أو غير واحدة أو سوى واحدة أو خلا واحدة أو حاشى واحدة أو عدا واحدة، صح استثناؤه بهذه الألفاظ كلها، وطلقت اثنتين، إلا أن غير وحدها من جميع هذه الألفاظ قد يستعمل فيها الإعراب، فتضم الراء منها تارة، وتفتح أخرى، فإن قال: أنت طالق غير واحدة بفتح الراء، كان استثناء وطلقت اثنتين، وإن قال: أنت طالق ثلاثاً غير واحدة، بضم الراء قال أهل العربية: تطلق ثلاثاً، لأنه بالضم يصير نفياً، ولا يكون استثناء وتقديره: أنت طالق ثلاثاً ليست واحدة، وليس لأصحابنا في هذا نص، فإن كان المطلق من أهل العربية الذي يستعمل الإعراب في كلامه، فالجواب على ما قالوه، وإن كان من غيرهم كان على ما قدمناه من اختلاف وجهتي أصحابنا في أمثاله.

فصل: وإذا قدم الاستثناء، فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً وسقط الاستثناء، لأنه يعود إلى ما تقدمه، ولا يصح أن يعود إلى ما تعقبه، فإن قيل: فقد جاء

في كلامهم عود الاستثناء إلى ما تعقبه، وهو قول الفرزدق في مدح هشام بن إبراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبدالملك.

وَمَا مِثْلُهُ فِي النَّاسِ إلاَّ مُمَلَّكاً ... أَبُو أُمِّهِ حَيٌّ أَبُوهُ يُقَارِبُهْ[1]

فقد الاستثناء على المستثنى منه، فكان التقدير وما مثله في الناس حتى يقاربه إلا مملكاً أبو أم ذلك المملك، أبو هذا الممدوح.

قيل هذا الاستثناء إنما قدم في ضرورة الشعر، فلم يجز أن يحمل عليه، ما زالت الضرورة عنه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلَداً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَوَلَدَتْ ثَلاَثاً فِي بَطْنٍ طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ واحِدَةً وبِالثَّانِي أُخْرى وانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالثَّالِثِ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فإن ولدت ولداً واحداً طلقت واحدة، وانقضت عدتها بالأقراء، وسواء كان الولد ذكراً أوأنثى، وسواء وضعته حياً أو ميتاً، كامل الخلق أو ناقصاً، فأما إن وضعت يداً أو رجلاً لم تطلق، لأنه بعض ولد وليس بولد وتصير به لو كانت أمه أم ولد، ولأنها قد علقت منه بولد.

وإن وضعت ولدين فعلى ضربين:

أحدهما: أن تلدهما معاً في حال واحدة، لا يسبق أحدهما الآخر لكونهما في مشيمة واحدة، فتطلق بهما طلقتين، لأن كلما موضوعة للتكرار. وقد تكررت صفة الطلاق، فوجب أن يتكرر بها وقوع الطلاق، وعليها بعد التطليقتين أن تعتد بالأقراء.

والضرب الثاني: أن تضعهما واحداً بعد واحد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد راجعها بعد الأول، فتطلق بالثاني ثانية، وتنقضي عدتها بالأقراء.

والضرب الثاني: أن لا يكون قد راجعها فتطلق بالأول واحدة، وتنقضي عدتها بالثاني ولا تطلق به، لأن ما انقضت به العدة لم ويقع به الطلاق، وإنما انقضت به العدة، لأنها بوقوع الطلقة الأولى بالولد الأول معتدة، والمعتدة إذا وضعت حملها بانت، وإنما لم يقع به الطلاق إذا انقضت به العدة، لأنها قد بانت بوضعه.

---

(١) البيت من الطويل للفرزدق وليس في ديوانه انظر شواهد التلخيص (١/ ١٦) معاهد التنصيص (١/ ٤٣) والخصائص لابن جني (١/ ١٤٦، ٣٢٩، ٢/ ٣٩٣) لسان العرب [ملك].

والثاني لا يقع عليها الطلاق في حال البينونة، كما لو قال لها: إذا مت فأنت طالق، لم تطلق بموته؛ لأنها بانت بالموت، فلم تطلق بالموت.

وحكى أبو علي بن خيران عن الشافعي قولاً ثانياً في الإملاء، أنها تطلق بالثاني أخرى وتنقضي به العدة؛ لوجود الصفة في الثاني كوجودها في الأول، ولا يمتنع أن يقع الطلاق والبينونة معاً في حال واحدة، كالتي لم يدخل بها.

وأنكر سائر أصحابنا تخريج هذا القول لأمرين:

أحدهما: أنني لم أجده في شيء من أماليه وقد تقدم ابن خيران من وقف على أمالي الشافعي قبله، فلم يحكيه منهم أحد. فعلى هذا يكون ابن خيران منسوباً في حكاية هذا القول إلى السهو والغلط.

والثاني: أن الحجاج يبطله وهو كمن قال لامرأته: إذا مت فأنت طالق، فمات لم تطلق إجماعاً لأن ما به يقع الطلاق قد وقعت به البينونة، فلم يقع به الطلاق، فعلى هذا يكون ما حكاه ابن خيران محمولاً على أنها وضعتهما معاً في حالة واحدة، فطلقت بهما وانقضت عدتها بالأقراءء، ولو وضعتهما واحداً بعد واحد، طلقت بالأول واحدة، ولم تنقض به العدة، وانقضت عدتها بالثاني، ولم تطلق به، وعلى هذا يكون التفريع، فعلى هذا لو وضعت ثلاثة أولاد، فإن وضعتهم معاً في حالة واحدة طلقت بهم ثلاثاً، وانقضت عدتها بالأقراء وإن وضعتهم واحداً بعد واحد طلقت بالأول واحدة وبالثاني ثانية وانقضت عدتها بالثالث، ولم تطلق به، وهذا إذا كان الثلاثة من حمل واحد وهو أن يكون بين الأول والأخير أقل من ستة أشهر فإن كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهر طلقت بالأول وحده طلقة.

قال أبو حامد الإسفراييني: وتنقضي عدتها قبل وضع الثاني والثالث؛ لأنهما من حمل مستأنف فيكون لحوقهما به، كمن وضعت بعد انقضاء عدتها على ما سنفصله.

وهذا الذي قاله عندي ليس بصحيح؛ لأنه ليس يمتنع أن يطأها في العدة قبل انقضاء العدة عن الثالث فتعلق ويكون باقيه في عدتها إلى وضعه، فتنقضي به العدة.

وإذا كان كذلك لم يكن لما قاله أبو حامد وجه، ونظر في الثاني والثالث فإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر انقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به وكان لاحقاً بالزوج، وصار الثالث مولوداً بعد انقضاء العدة، فيكون لحوقه على ما سنفصل في المولود بعد انقضاء العدة، وإن كان بين الثاني والثالث أقل من ستة أشهر فهما من حمل واحد، فعلى هذا تطلق بالثاني ثانية ولا تنقضي به العدة لبقاء الحمل، تنقضي عدتها بالثالث، ولا تطلق به ويلحقان بالزوج كالأول. ولو وضعت أربعة أولاد نظر، فإن وضعتهم معاً في حال واحدة، طلقت ثلاثاً؛ لأن الزيادة على الطلاق الثلاث لا تقع، وتنقضي عدتها

بالأقراء، وإن ضعتهم واحداً بعد واحد وجميعهم في حمل واحد طلقت بالأول واحدة وبالثاني ثانية وبالثالث ثالثة، وانقضت عدتها بالرابع.

فلو وضعت اثنين معاً في حالة واحدة، ثم اثنين معاً في حالة واحدة طلقت بالاثنين الأولين طلقتين، وانقضت عدتها ثلاثة بالاثنين الآخرين، ولم يقع الطلاق بواحد منها؛ لأنهما كالولد الواحد في الانفصال، فلو وضعت ثلاثة أولاد معاً في حال واحدة، ثم وضعت رابعاً منفرداً طلقت ثلاثاً بالثلاثة، وانقضت عدتها بالرابع المنفرد، ولو وضعت الواحد المنفرد أولاً ثم الثلاث المجتمعين معاً، طلقت واحدة بالأول وانقضت عدتها بالثالث، ولم تطلق بواحد منهم؛ لاجتماعهم في انقضاء العدة فيجري عليهم إذا اجتمعوا في الطلاق حكم الافتراق، وفي العدة حكم الواحد، والفرق بينهما أنه يجوز أن يقترن عدد الطلاق، ولا يجوز أن تقترن العدة والطلاق والله أعلم.

فصل: وإذا قال: كلما كان في بطنك ولد فأنت طالق واحدة فوضعت ولداً واحداً، طلقت به واحدة، وانقضت به عدتها بخلاف قوله، إذا ولدت ولداً، والفرق بينهما أن الحالف في هذه المسألة بتقدم الولادة؛ لأنها تطلق بكونه في بطنها وإنما يعلم بالولادة، أنه كان في بطنها، فلذلك جاز أن تنقضي به العدة لولادته بعد تقدم الطلاق ووقوعه، وليس كذلك إذا قال: إن ولدت ولداً؛ لأن الطلاق يقع بنفس الولادة، فلذلك لم تنقض به العدة؛ لأن انقضاء العدة يكون بعد تقدم الطلاق، فعلى هذا لو وضعت ولدين طلقت بهما طلقتين سواء وضعتهما معاً أو مفرقاً، وانقضت بهما العدة، ولو وضعت ثلاثة أولاد طلقت بهم ثلاثاً، وانقضت عدتها بالأخير.

ولو قال: إن كان في بطنك ولد فأنت طالق واحدة، فوضعت ثلاثة أولاد طلقت واحدة وانقضت عدتها بالأخير، لأنه قد أسقط اللفظ الموجب للتكرار، وهو قوله: «كلما» فلم يقع الطلاق إلا بواحد، إسقاطاً لحكم التكرار، كما لو قال: إن ولدت أو إذا ولدت ولداً أو متى ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد، طلقت واحدة بالأول ولم تطلق بالثاني وانقضت عدتها بالثالث.

فصل: وإذا قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، ثم قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق فإن ولدت أنثى طلقت؛ لأنها ولد، وإن ولدت ذكراً طلقت اثنتين، واحدة بأنه ولد، وثانية لأنه ذكر، ومثله أن يقول؛ إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت زيداً فأنت طالق، فإذا كلمت زيداً طلقت اثنتين، واحدة بأنه رجل وثانية بأنه زيد.

فلو قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين، فولدت ذكراً وأنثى فلهما أربعة أحوال:

أحدها: أن تضعهما في حالة واحدة فتطلق ثلاثاً واحدة بوضع الذكر واثنتان بوضع الأنثى وتعتد بالأقراء.

والحالة الثانية: أن تلد الأنثى أولاً ثم الذكر، فتطلق ثنتين بالأنثى، وتنقضي عدتها بالذكر، ولا تطلق به.

والحالة الثالثة: أن تلد الذكر أولاً ثم الأنثى، فتطلق بالذكر واحدة، وتنقضي عدتها بالأنثى، ولا تطلق بها.

والحالة الرابعة: أن لاتعلم كيف ولدتها فتطلق من أجله، لأنها يقين، لجواز أن تلد الذكر ثم الأنثى، والطلاق يقع باليقين دون الشك، ويختار له في الورع أن يلتزم الطلاق الثلاث لجواز أن تلدهما معاً في حال واحدة، ولا تنقضي عدتها بالأقراء؛ لأن العدة لا تنقضي إلا باليقين، وقد يجوز أن تلدهما معاً فتكون عدتها بالأقراء، فلذلك ما التزمها.

ولو قال: إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق واحدة، وإن كان في بطنك أنثى فأنت طالق ثنتين فولدت ذكراً وأنثى طلقت ثلاثاً في الأحوال كلها لتقدم وقوعه على الولادة، وانقضت عدتها بالأخير منهما، تعليلاً بما قدمناه، فلو ولدت خنثى مشكلاً طلقت به واحدة، لأنه وإن أشكل عندنا فهو عند الله تعالى غير مشكل، فأوقعنا به واحدة لأنها يقين.

ولكن لو قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، فولدت خنثى لم تطلق؛ لجواز أن يكون أنثى ولو قال: إن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت خنثى لم تطلق لجواز أن يكون ذكراً.

ولو قال: إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق، فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق، وهكذا لو ولدت ذكرين لم تطلق؛ لأن شرط طلاقها أن يكون كل ما في بطنها ذكراً واحداً، فإذا كان معه غيره عدم شرطه فلم يقع.

ومثله أن يقول: إن كان كل ما في الكيس دراهم فأنت طالق، فكان فيه دراهم ودنانير لم تطلق؛ لأنه لم يكن كل ما في الكيس دراهم، ولو قال: إن كان في الكيس دراهم فأنت طالق فكان فيه دراهم ودنانير طلقت كذلك الحمل.

فصل: فإذا قال لزوجتيه حفصة وعمرة: كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان، فولدت كل واحدة منهما ولداً، نظر فإن ولدتا معاً طلقت كل واحدة منهما طلقتين، واحدة بولادتها والأخرى بولادة صاحبتها، وعليهما الاعتداد بالأقراء، وإن ولدت إحداهما بعد الأخرى مثل أن تلد حفصة يوم السبت وعمرة يوم الأحد، طلقت حفصة طلقتين، واحدة بولادتها والأخرى بولادة عمرة، واعتدت بالأقراء، وطلقت

عمرة واحدة بولادة حفصة وانقضت عدتها بولادة نفسها ولم تطلق به، ولو ولدت حفصة أولاً ثم ولدت عمرة بعدها ولدين، طلقت حفصة ثلاثاً، واحدة بولادتها، واثنان بولادة عمرة، وانقضت عدتها بالأقراء، وطلقت عمرة طلقتين واحدة بولادة حفصة وثانية بولدها الأول، وانقضت عدتها بولدها الثاني ولم تطلق.

ولو ولدت عمرة أولاً ولدين، وولدت حفصة بعدها ولداً، طلقت عمرة واحدة بولدها الأول وانقضت عدتها بولدها الثاني ولم تطلق به طلقت حفصة طلقتين بولدي عمرة، وانقضت عدتها بعدها ولداً ثانياً طلقت عمرة طلقتين، واحدة بولدها الأول، وثانية بولد حفصة وانقضت عدتها بولدها الثاني، ولم تطلق به، ولو ولدت حفصة ولدين وعمرة ولداً، وكل ذلك في حالة واحدة لم يتقدم بعضهم على بعض، طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً لثلاثة الأولاد، واعتدت بالأقراء.

فصل: ولو قال: ياحفصة إن كان أول ما تلدين ذكراً فعمرة طالق، فإن كان أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً وأنثى فلا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن تلد الذكر ثم الأنثى فتطلق عمرة دونها.

والثاني: أن تلد الأنثى ثم الذكر، فتطلق هي دون عمرة.

والثالث: أن تلدهما معاً في حالة واحدة فلا تطلق واحدة منهما؛ لأنه ليس في الولدين أول.

والرابع: أن تلدهما واحداً بعد واحد، ويشكل هل تقدم الذكر أو الأنثى؟ فقد طلقت إحداهما لا بعينها، ويكون كالطلاق الواقع على إحدى زوجتيه وقد أشكلت.

فصل: ولو قال: يا حفصة، إن ولدت فأنت وعمرة طالقتان، فقالت حفصة: قد ولدت، وأكذبها الزوج، لم تطلق عمرة، وفي طلاق حفصة وجهان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي في كتاب العدد، ونقله أبو حامد المروزي إلى جامعه، أن قولها في حق نفسها مقبول ويقع به طلاقها ولا يلحق بالزوج إلا أن تقيم بينة على ولادتها.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أنها لا تطلق به، ولا يقبل قولها على نفسها كما لا يقبل على غيرها، وكما لا يلحق بالزوج بقولها؛ لأنه مما يمكنها إقامة البينة على ولادته فصار كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت لم يقبل منها إلا ببينة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَقَعْ وَالاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ وَالعِتْقِ وَالنُّذُورِ كهو في الأيمان».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا علق طلاقه أو عتقه أو يمينه أو نذره أو إقراره بمشيئة الله تعالى، لم يلزمه شيء من ذلك، وكذلك جميع عقوده وارتفع حكم الطلاق والعتق والأيمان والنذور والإقرار والعقود.

واختلف أصحابنا هل يكون ذلك الاستثناء يمنع من انعقاد ذلك كله، أو يكون شرطاً يعلق به فلم يثبت حكمه لعدمه على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه استثناء يمنع من انعقاده فلا يثبت لذلك كله عقد ولا حكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه شرط انعقدت عليه هذه الأحكام فلم يلزم لعدم الشرط، وإن كانت منعقدة فهذا حكم ما عقد بمشيئة الله تعالى من الطلاق والعتق والأيمان والنذور والإقرار والعقود، في أن جميعه غير لازم، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه.

وقال مالك: تقع بمشيئة الله حكم الأيمان بالله تعالى ولا يرتفع ما سوى الأيمان بالله من الطلاق والعتق والنذور والإقرار.

وبه قال الزهري والليث بن سعد.

وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: يرتفع بمشيئة الله حكم جميع الأيمان بالله وبالطلاق وبالعتق، ولا يرتفع به وقوع الناجز من الطلاق والعتق والنذور، وقال أحمد بن حنبل: يرتفع بمشيئة الله حكم الأيمان كلها، وحكم الطلاق وإن كان ناجزاً، ولا يرتفع حكم العتق والنذور والإقرار.

فأما مالكاً فاستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْنَثْ»(١) فاقتضى دليل ذلك أن من حلف بغير الله حنث ولأن الاستثناء رافع كالكفارة، فلما اختصت الكفارة بالأيمان بالله دون غيرها، وجب أن يكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى مختصاً بها دون غيرها، ولأنه في الطلاق والعتق المعلق له بشرط يستحيل وجوده، فوجب أن يتعجل وقوعه ويسقط شرطه، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء طلق في الحال لاستحالة الشرط، قالوا: ولأن أجر الله تعالى الطلاق والعتق على لسانه، مشيئة منه لإيقاعه فوجب أن يرتفع لوجود شرطه.

ودليلنا: رواية نافع عن ابن عمر أن النبي قال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ثُمَّ قَالَ فِي إِثْرِهَا: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْنَثْ»(٢) فكان على عمومه في الأيمان بالله وفي الطلاق والعتق،

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/٣٦١).

(٢) أخرجه الدارمي (٢/١٨٥) والحاكم في المستدرك (٤/٣٠٣).

ولأنه طلاق علق بمشيئة من له مشيئة، فوجب أن لا يقع قبل العلم بها، أصله إذا علقه بمشيئة زيد، ولأنه طلاق علقه بصفة صحيحة فوجب أن لا يقع قبل وجودها، أصله إذا علقه بدخول الدار، ولأن كل يمين لو علقها بمشيئة آدمي، لم تقع قبل العلم، بها، وجب إذا علقها بمشيئة الله أن لا تقع قبل العلم بها كاليمين بالله، ولأنه لما ارتفع بمشيئة الله حكم اليمين بالله، مع عظم حرمتها كان رفع ما دونه في الحرمة من العتق والطلاق أولى.

فأما الجواب عن خبرهم فهو أن خبرنا أعم وأزيد فكان قاضياً على الأخص الأنقص.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاستثناء بمشيئة الله كالكفارة في رفع اليمين بهما، فهو أن الاستثناء رافع لليمين والكفارة غير رافعة؛ لأن الاستثناء يمنع من انعقاد اليمين، والكفارة لاتجب إلا بالحنث بعد انعقاد اليمين فافترقا.

وأما الجواب عن قياسهم على تعليق طلاقها بصعود السماء، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في وقوعه على وجهين:

أحدهما: لا يقع لأنه مقيد بشرط لم يوجد فأشبه غيره من الشروط التي توجد، ألا تراه لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وزيد ميت لم تطلق، وإن كان مقيداً بشرط لم يوجد فعلى هذا يبطل الاستدلال به.

والوجه الثاني: أن الطلاق يقع والشرط يلغى؛ لاستحالته، وأنه في الكلام لغو، وليست مشيئة الله مستحيل ولا الكلام بها لغو، بل قد أمر الله تعالى بها وندب إليها بقول تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣، ٢٤].

وأما استدلالهم بأن إجراء الطلاق على لسانه دليل على مشيئة الله تعالى فهو أنه دليل على إرادة إجرائه، وليس بدليل على إرادة إيقاعه، ثم ثبت ذلك عليهم في اليمين بالله إذا علقها بصعود السماء كقوله: والله لأضربنك إن صعدت السماء، فإنها لا يلزم وإن قيدت بشرط مستحيل.

فصل: وأما أحمد فاستدل على وقوع العتق دون الطلاق أنه مكروه لم يرده، لقول النبي ﷺ: «أَبْغَضُ الْحَلَالِ إلى الله الطَّلَاقُ»، فلذلك لم يقع والعتق مندوب إليه ومريد له، فدل على وقوعه بما رواه أصحابه عن حميد بن مالك اللخمي عن مكحول

عن معاذ قال: قال لي رسول الله ﷺ «يَا مُعَاذُ مَا خَلَقَ اللَّهُ شَيْئاً عَلَى وَجْهِ الأَرْضِ، أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ مِنَ الْعِتَاقِ وَلاَ أَبْغَضُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلاَقِ»(١).

فإذا قال الرجل لمملوكه: أنت حر إن شاء الله، فهو حر ولا استثناء له، فإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، فكذا استثناؤه ولا طلاق عليه، بدليلين على حمل ما دللنا به على مالك، وهذا الخبر غير صحيح؛ لأن حميد بن مالك غير ثقة، ومكحول لم يلق معاذاً. هكذا قال الدارقطني، وحكى الداركي عن أبي إسحاق المروزي، لو ثبت هذا الحديث لم يكن تأويله بحال، وأما ما ذكره من الفرق بينهما، فهو أن اختلافهما في الاستحباب والكراهية لا يدل على اختلافهما في الوقوع؛ لأنه قد يقع الشيء ويلزم حكمه، وإن كان مكروهاً وقد يقع ولا يلزم وإن كان مستحباً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، فمشيئة الله ترفع حكم كل قول اتصل بها من طلاق وغيره، سواء تقدمت المشيئة أو تأخرت أو توسطت، فلو قال: أنت طالق إن شاء الله، أو أنت إن شاء الله طالق، أو إن شاء الله أنت طالق، فلا طلاق وهكذا لو قال: أنت طالق بمشيئة الله أو إذا شاء الله أو متى شاء الله فلا طلاق، ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله لم تطلق، لأنه قد يجوز أن لا يشأ فتطلق، وقد يشاء فلا تطلق وليس يعلم هل شاء أو لم يشأ، فلم يقع الطلاق؛ لأن صفة وقوعه وهو عدم المشيئة لم تعلم كما لا يقع إذا قال: إن شاء الله، لأن صفة وقوعه وهو المشيئة لم تعلم، وهكذا إذا قال: أنت طالق ما لم يشأ الله لم تطلق، فأما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله، ففي وقوعه وجهان:

أحدهما: حكاه أبو حامد الإسفراييني أنها لا تطلق؛ لأنه مقيد بمشيئة لا تعلم.

والوجه الثاني: وهو المذهب أنها تطلق؛ لأنه أوقع الطلاق، وجعل رفعه مقيداً بمشيئة الله وهي لا تعلم، فسقط حكم رفعه وثبت حكم وقوعه، وخالف قوله: أنت طالق إن شاء الله، لأنه جعل حكم وقوعه مقيداً بمشيئة الله وهي لا تعلم، فلذلك لم يقع.

فصل: وإذا قال: أنت طالق إن شاء زيد، فكان وقوعه موقوفاً على مشيئته، فإن شاء طلقت وإن لم يشأ لم تطلق، وإن مات زيداً قبل أن تعلم مشيئته لم تطلق، وهكذا لو كان زيد ميتاً قبل طلاقه لم تطلق، فلو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد، فإن شاء زيد لم تطلق، وإن لم يشأ طلقت، فإن مات زيد قبل أن تعلم مشيئته، كان على

(١) أخرجه الدارقطني (٣٥/٤) وابن حجر في المطالب (١٦٤٣) وعبد الرزاق (١١٣٣١) وذكره ابن الجوزي في العلل (١٥٥/٢) وابن عدي في الكامل (٦٩٤/٢).

الوجهين: فإن قال: أنت طالق إن شاء الله وشئت، فقالت: قد شئت لم تطلق؛ لأنه قيد وقوع طلاقها بشرطين هما مشيئة الله ومشيئتها، ومشيئة الله لا تعلم وإن علمت مشيئتها، فلذلك لم يقع الطلاق.

فلو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وكان زيد مجنوناً فقال؛ قد شئت لم تطلق؛ لأن المجنون لا مشيئة له، ولو كان سكران فشاء طلقت؛ لثبوت الأحكام بأقواله، ويحتمل وجهاً آخر: أنها لا تطلق لأن سكره يوجب تغليظ الحكم على نفسه، ولا يوجب تغليظه على غيره، ولو قال: أنت طالق إن شاء زيد وكان أخرس فشاء بالإشارة طلقت، ولو كان ناطقاً فخرس فشاء بالإشارة، قال أبو حامد الإسفراييني لم تطلق؛ لأنه مشيئته وقت الطلاق كانت نطقاً فلم تثبت بالإشارة وهذا عندي غير صحيح؛ لأنه إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه مع العجز وقت البيان ولا اعتبار بما تقدم الأمر، أن لو كان أخرس في وقت الطلاق ناطقاً في وقت البيان، لم يصح منه إلا بالنطق دون الإشارة وإن صحت منه في وقت الطلاق بالإشارة كذلك إذا كان ناطقاً فخرس، فو قال؛ أنت طالق إن شاء الحمار، فهذا من الشروط المستحيلة لأنه لا مشيئة للحمار، فجرى مجرى قوله: أنت طالق إن صعدت السماء، فيكون لوقوع الطلاق فيه على ما مضى من الوجهين.

فصل: وإذا قال لزوجتيه حفصة وعمرة: أنتما طالقتان إن شاء الله كان الاستثناء راجعاً إليهما، فلم تطلق واحدة منهما إلا إن يعزلها في استثنائه، ولو قال: حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله فإن أراد بالاستثناء عمرة الأخيرة، طلقت حفصة ولم تطلق عمرة، وإن أرادهما معاً لم تطلقا جميعاً، وإن أطلق الاستثناء ولم يرد به واحدة بعينها، كان الاستثناء راجعاً إليهما فلم تطلقا؛ لرجوع الاستثناء والعطف على مذهب الشافعي إلى جميع المذكور، وعلى مذهب أبي حنيفة يردهم إلى أقرب المذكور فتطلق حفصة عنده لخروجها من الاستثناء، ولا تطلق عمرة لدخولها في الاستثناء، فلو قال: أردت بالاستثناء حفصة الأولى دون الثانية حمل على إرادته، وطلقت عمرة الأخيرة دون حفصة الأولى، وعند أبي حنيفة تطلقان معاً.

ولو قال لزوجته: أنت طالق وطالق إن شاء الله، رجع الاستثناء إذا أطلقه إلى الطلاقين فلم يقعا وعند أبي حنيفة يرجع إلى الثاني ويقع الأول.

فصل: وإذا وصل طلاقه بمشيئة الله تعالى غير مريد بأول كلام الاستثناء بمشيئة الله تعالى صح استثناؤه؛ لأن الكلام المتصل يعتبر حكم أوله بآخره، وقال بعض أصحابنا: لا حكم للاستثناء حتى ينويه عند تلفظه بالطلاق، فإن لم يكن مع أول كلامه بطل وهذا فاسد بما ذكرناه.

فصل: ولو قال: أنت طالق أن شاء الله بالفتح طلقت بخلاف إن المكسورة لأنها بالكسر شرط وبالفتح تعليل، وهكذا لو قال: أنت طالق إذ شاء الله طلقت بخلاف قوله: إذا شاء الله؛ لأن إذ للماضي، فلم تكن شرطاً وإذا للمستقبل فكانت شرطاً والله أعلم.

بَـابُ طَلَاقِ المَرِيضِ

مِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَمِنَ العِدَّةِ وَمِنَ الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَاخْتِلَافِ الحَدِيثِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: وَطَلَاقُ المَرِيضِ وَالصَّحِيحِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لا فرق في وقوع الطلاق بين الصحيح والمريض سواء كان الطلاق ثلاثاً أو دونها وقال الشعبي طلاق المريض لا يقع لأجل التهمة في الإدما وهذا خطأ؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولقول النبي ﷺ: «ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ» ولأن عقد النكاح أغلظ من حله، ثم نكاح المريض يصح فحله بالطلاق أولى أن يصح؛ ولأنه لما صح منه الظهار والإيلاء، كان أولى أن يصح منه الطلاق؛ لأن حكمه أغلظ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ طَلَّقَ مَرِيضٌ ثَلَاثاً فَلَمْ يَصِحَّ حَتَّى مَاتَ فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا قال المزني فَذَكَرَ حُكْمَ عُثْمَانَ بِتَوْرِيثِهَا مِنْ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ فِي مَرَضِهِ وَقَوْلِ ابْنِ الزُّبَيْرِ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَرَ أَنْ تَرِثَ المَبْتُوتَةُ قال المزني وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِ العِدَّةِ إِنَّ القَوْلَ بِأَنْ لَا تَرِثَ المَبْتُوتَةُ قَوْلٌ يَصِحُّ وَقَدْ ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَهْلِ الآثَارِ وَقَالَ كَيْفَ تَرِثُهُ امْرَأَةٌ لَا يَرِثُهَا وَلَيْسَتْ لَهُ بِزَوْجَةٍ قال المزني فَقُلْتُ أَنَا هَذَا أَصَحُّ وَأَقْيَسُ لِقَوْلِهِ قال المزني وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ إِنَّ مَذْهَبَ ابْنِ الزُّبَيْرِ أَصَحُّهُمَا وَقَالَ فِيهِ».

قال الماوردي: اعلم أن الطلاق في قطع التوارث بين الزوجين ينقسم ثلاثة أقسام، قسم يقطع التوارث بينهما وهو الطلاق البائن في الصحة أو في مرض غير مخوف، والبائن طلاق غير المدخول بها، وطلاق الثلاث، والطلاف في الخلع، فلا يرثها ولا ترثه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها؛ لارتفاع النكاح بينهما، وهذا إجماع.

وقسم لا يقطع التوارث بينهما وهو الطلاق الرجعي، سواء كان في الصحة أو في المرض يتوارثان فيه ما لم تنقض العدة، فإن مات ورثته وإن ماتت ورثها، فإذا انقضت

العدة فلا توارث بينهما.

وقسم مختلف فيه وهو الطلاق البائن في المرض المخوف إذا اتصل بالموت، فإن ماتت لم يرثها إجماعاً وإن مات فقد اختلف الفقهاء في ميراثها منه، واختلف قول الشافعي فيه على قولين نص عليهما في الرجعة والعدد والإملاء على مسائل مالك، وليس له في القديم فيها نص، أحدالقولين أنها ترثه وبه قال من الصحابة: عمر وعثمان وعلي، ومن الفقهاء مالك وربيعة والليث بن سعد والأوزاعي وسفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل.

والقول الثاني: أنها لا ترث وبه قال: عبد الله بن الزبير، وربما أضيف إلى عبد الرحمٰن بن عوف وقول ابن أبي مليكة وكثير من أهل الآثار.

وبه قال المزني وداود، فإذا قيل بالأول: أنها ترث فدليله معنى الإجماع المنقول عن الصحابة.

وهو ما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه أنه قال في المبتوتة في المرض ترث وروي أن عبد الرحمٰن بن عوف طلق تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرضه فورثها منه عثمان بن عفان رضي الله عنه قيل بمشاورة علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقيل إنها صولحت على ربع ثمنها لأنهن كن أربعاً على ثمانين ألف درهم وقيل ثمانين ألف دينار.

وروى محمد بن إبراهيم التميمي أن عبد الرحمٰن بن عوف طلق زوجته وكان به الفالج فمات بعد سنة فورثها منه عثمان.

وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه لما حوصر طلق واحدة من نسائه فورثها منه علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال: طلقها في شرف الموت، وليس يعرف لهذه القضايا في الصحابة مخالف إلا قول ابن الزبير: لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة، فقيل معناه، لم يبلغ اجتهادي أن ترث مبتوتة، كما يقول القائل لو كنت أنا لم أهتد إلى هذا، فكان هذا من ذكرنا مع عدم المخالف فيه إجماعاً حاجاً، ولأنها بانت في حال يعتبر عطاياه فيها من الثلث، فوجب أن ترثه كالبائن بالموت، ولأنه متهوم في منعها من الإرث فأشبه القاتل المتهوم في اختلاف الإرث فكانت التهمة بالقتل مانعة من الميراث وجب أن تكون التهمة بالطلاق مانعة من إسقاط الميراث، ولأن بالمرض قد تعلقت حقوق الورثة بين ماله، بدليل أنه ممنوع من العطايا فيما زاد على ثلثه كالوصايا بعد الموت.

فاقتضى أن يكون ممنوعاً من إسقاط حقوقهم من ميراثهم لتعلقها بتركته.

وإذا قيل بالثاني: وأنها لا ترث وهو أقيس القولين وأولاهما فدليله: ما رواه أبو سعيد المكي في خلافه عن النبيّ ﷺ قال: «لَا تَرِثُ المَبْتُوتَةُ» وهذا إذا صح نص لا يسوغ خلافه، ولأنها فرقة تقطع إرثه منها فوجب أن تقطع إرثها منه، أصله الفرقة في الصحة، ولأنه إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة فوجب أن ينقطع بالفرقة في حال المرض، أصله إرث الزوج، ولأن للنكاح أحكاماً من طلاق وظهار وإيلاء وتحريم للجمع بينها وبين أختها وخالتها وعمتها وثبوت الميراث وعدة الوفاة، فلما انتفى عن هذه المبتوتة في حال المرض أحكام النكاح من غير الميراث، انتفى عنها أحكام النكاح في الميراث.

وتحريره قياساً: أنه حكم يختص بالنكاح فوجب أن ينتفي عن المبتوتة في المرض كسائر الأحكام ولأن فسخ النكاح في المرض سبب من جهتها كالردة والرضاع يمنع ميراثه منها، وإن توجهت التهمة إليهما جميعاً بين وجوده في الصحة والمرض، وجب أن يكون وجود الفرقة من جهته يمنع ميراثها منه تسوية بين الصحة والمرض.

فأما الجواب عن استدلالهم بالإجماع: فهو أن الخلاف فيها حاصل وهو قول عبد الله بن الزبير: لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة، وهو صحابي من أهل الاجتهاد لا سيما في أيام عثمان رضي الله عنه، وروي أن عبد الرحمٰن بن عوف قال: والله لا أورث تماضر، ثم طلقها في مرضه فقيل له أفررت من كتاب الله. قال: ما فررت من كتاب الله إن كان لها فيه ميراث فأعطوها فصالحها عثمان من ربع الثمن على ثمانين ألفاً. ولو كانت وارثة فصولحت، فخرج أن يكون فيه إجماعاً.

ولكن لاحتمال الأمر عند عثمان تقدم بمصالحتها.

وجواب ثان وهو أن أبا سلمة عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف روى عن أبيه أنه قال: لا تسألني امرأة من نسائي الطلاق إلا طلقتها فغضبت تماضر وسألت الطلاق، فغضب عبد الرحمن وطلقها. وتماضر هي أم أبي مسلمة وهو أعرف بحالها، وقد روي أنها سألت الطلاق، وأبو حنيفة لا يورثها إذا سألت طلاقها، فلم يكن له فيه دليل لو كان إجماعاً، ولأن أبا سلمة روي أنه مات بعد انقضاء عدتها، وأن موته كان بعد تسعة أشهر من طلاقها، وعند أبي حنيفة أنها لا ترث بعد انقضاء عدتها، فخرج أن يكون له فيه دليل.

فإن قيل: فقد روى عروة بن الزبير أنه مات وهي في العدة، وروى ابن أبي مليكة أنه مات في عدتها بعد حيضتين، قيل: أبو سلمة أعرف بحالها؛ لأنه ابنها من غيره من الأجانب، ولأن نقله أزيد فكان الأخذ به أحق.

وأما قياسهم على الفرقة بالموت، فالمعنى فيها أنها لا تمنع ميراثها منه.

وأما استدلالهم بالقتل فهو استدلال العلتين؛ لأن القتل يمنع من ميراث كان مستحقاً وهم جعلوا طلاق المرض يثبت ميراثاً كان ساقطاً، وليس لاعتبار التهمة فيه وجه فإن التهمة لو وجدت في الفرقة التي من جهتها لم تورث فكذلك في الفرقة من جهته.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن حقوق الورثة قد تعلقت بعين ماله فغير مسلم؛ لأنه لو أنفقه في شهواته وملاذه ولم يمنعه ولو سلم لهم لتعلق به حق من كان وارثاً عند موته وليست هذه وارثة عند الموت فلم يصح الاستدلال.

فصل: إذا تقرر القولين فإن قيل بالثاني: أنها لا ترث فلا تفريع عليه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها، سألته الطلاق أو لم تسأله.

وإذا قيل بالأول: أنها ترث، ففي زمان ميراثها منه ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو مذهب أبي حنيفة أنها ترثه ما كانت في عدتها وهي عدة الطلاق بالأقراء، فإذا انقضت عدتها لم ترث؛ لأن بقاء العدة من بقايا علق النكاح وأحكامه فتبعها الإرث وسقط بانقضائها.

والقول الثاني: أنها ترثه مالم تتزوج وهو مذهب ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل، فإن تزوجت لم ترث؛ لأن تزويجها رضا منها بطلاقه.

والقول الثالث: وهو مذهب مالك: أنها ترثه وإن تزوجت؛ لأنه حق لها فلم يسقط بالتزويج كسائر الحقوق.

فصل: فإذا تقرر أن ميراثها على ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة، فإنها ترثه إذا لم تختر طلاق نفسها فإن اختارت طلاقها لم تختر طلاق نفسها فإن اختارت طلاقها لم ترث. واختيارها للطلاق قد يكون من وجوه، منها: أن تسأله الطلاق فيطلقها، أو يعلقه بمشيئتها فتشاء طلاقها أو يعلقه بفعلها فيما لا تجد منه بداً، كقوله: إن دخلت الدار أو كلمت زيداً أو لبست هذا القميص أو أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فتفعل ذلك، فيدل على اختيارها للطلاق؛ لأنها تجد من ذلك بداً فلا تدخل الدار، ولا تكلم زيداً، ولا تلبس ذلك القميص، ولا تأكل ذلك الرغيف.

فأما إن علقه بفعل ما لا تجد بُدًّا منه كقوله: إن أكلت أو شربت أو نمت أو قعدت، فإن فعلت ذلك عند الحاجة فهي غير مختارة لطلاقها، فلها الميراث وإن فعلته قبل وقت الحاجة ففيه وجهان:

أحدهما: يجري عليها حكم الاختيار، اعتباراً بوقت الفعل لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بداً.

والثاني: يجري عليها حكم عدم الاختيار، اعتباراً بوقت الفعل؛ لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بداً، بحال الفعل؛ لأنها لا تجد من فعله بداً، وكذلك لو خالفته دل الخلع على اختيارها فمنعها طلاق الخلع من الميراث، هذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة.

وقال مالك: لها الميراث وإن اختارت الطلاق وسألته، وقال أبو علي بن أبي هريرة من أصحابنا تعلقاً بأن تماضر بنت الأصبغ الكلبية سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق، فورثها عثمان رضي الله عنه ولأنه لما كان القتل مانعاً من الميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال، حتى لو قال له الموروث: اقتلني فقتله لم يرثه، كذلك الطلاق في المرض لما كان موجباً للميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال، وهذا فاسد؛ لأنه استحقاق الإرث إنما يكون لأجل التهمة في الإرث فإذا اختارت وسألت زالت التهمة سقط موجب الإرث، ولأنها إذا سألت واختارت، صارت الفرقة منسوبة إليها فجرى مجرى فسخها بالعيوب التي لا توجب ميراثها ولا ميراثه منها.

وأما تماضر فكل ما أخذته وإن سألت الطلاق صلحاً لا إرثاً، على أنه لم يطلقها حتى سألته لأنه أمسكها حتى حاضت ثم طهرت ثم طلقها.

وإذا تأخر طلاقه عن سؤالها لم يكن جواباً، وصار طلاقاً مبتدأ، وقيل أنها سألته في حال الصحة فطلقها في المرض.

وأما الإرث في القتل فوجوده كعدمه في الحظر سواء فكان في حكم الميراث سواء وخالف سؤال الطلاق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي صِحَّتِهِ ثَلَاثاً لَمْ تَرِثْهُ وَحُكْمُ الطَّلَاقِ فِي الإِيقَاعِ وَالإِقْرَارِ فِي القِيَاسِ عِنْدِي سَوَاء. وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى لَا تَرِثُ المَبْتُوتَةُ قال المزني وَقَد احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَنْ قَالَ إِذَا ادَّعَيَا وَلَداً فَمَاتَ وَرِثَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ ابْنٍ وَإِنْ مَاتَا وَرِثَهُمَا كَمَالَ أَب فَقَالَ الشَّافِعِيُّ النَّاسُ يَرِثُونَ مَنْ يُوَرِّثُونَ فَأَلْزَمَهُم تَنَاقُض قَوْلِهِمْ إِذَا لَمْ يَجْعَلُوا الابْنَ مِنْهُمَا كَهُمَا مِنْهُ فِي المِيرَاثِ فَكَذَلِكَ إِنَّمَا تَرِثُ الزَّوْجَةُ الزَّوْجَ مِنْ حَيْثُ يَرِثُهَا فَإِذَا ارْتَفَعَ المَعْنَى الَّذِي يَرِثُهُمْ بِهِ لَمْ تَرِثْهُ وَهَذَا أَصَحُّ فِي القِيَاسِ وَكَذَا قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ مَا فَرَّرت مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَلَا مِنْ سُنَّةِ رَسُولِهِ وَتَبِعَهُ ابْنُ الزُّبَيْرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال؛ إذا أقر في مرضه أنه كان قد طلقها في صحته، يقبل إقراره؛ لأنها حالة يملك فيها إيقاع الطلاق فصح منه الإقرار بالطلاق، ويكون طلاقاً في الصحة دون المرض، لا يرث به قولاً واحداً، لكنها تعتد من وقت إقراره ولا يقبل قوله في سقوط نفقتها، ونقل عن أبي حنيفة ومالك أنها ترثه للحوق التهمة في إقراره، كلحوقها في طلاقه. وهذا خطأ؛ لأن المقر بالطلاق غير مطلق في حال الإقرار، ألا ترى لو حلف لا يطلق فأقر بالطلاق لم يحنث، فلم يجز أن يضاف طلاق الصحة إلى حال المرض، وإن كان مقراً به في المرض.

فصل: ولو قال لها في صحته: إذا قدم زيد فأنت طالق، فقدم زيد في مرضه، طلقت ولا ترث، قولاً واحداً، وإن كان وقوع الطلاق في المرض لعقده في الصحة، وانتفى التهمة عنه في الإرث وهكذا لو قال في صحته: أنت طالق رأس الشهر، فأهل الشهر وهو مريض طلقت، ولم ترث تعليلاً بما ذكرنا، وبه قال أبو حنيفة: وقال مالك ترث؛ لأنها مطلقة في المرض، وقوله مردود بما وصفنا من انتفاء التهمة عنه، ولو قال لها في صحته: أنت طالق في مرضي، طلقت فيه وكان لها الميراث على ما ذكرنا من الأقاويل، ولكن لو قال لها في صحتها: أنت طالق قبل موتي لشهر، ومات بعده بشهر من قوله، طلقت قبل موته بشهر، فإن كان وقت وقوع الطلاق عليها صحيحاً لم ترثه؛ لأنه طلاق في الصحة وإن كان مريضاً، فالصحيح أنها لا ترثه لأنه عقد طلاق في الصحة يجوز أن يكون وقوعه في الصحة. وفيه وجه: أنها ترثه؛ لأنه لما قيده بزمان الموت صار متهوماً بالتعرض له، ولكن لو قال: أنت طالق في آخر أجزاء صحتي المتصلة بأسباب أول موتي طلقت فيه ولم ترث وإن كان متهوماً لأنه طلاق في الصحة، فلم يجز أن تورث فيه، ولكن لو علق طلاقها في صحته بفعله ثم أوقع الفعل في مرضه. مثاله: أن يقول وهو صحيح: إن كلمت زيداً فأنت طالق أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم كلم زيداً في مرضه أو دخل الدار في مرضه فلها الميراث؛ لأنه متهم بإيقاع الفعل فيه.

فصل: ولو طلقها في مرضه المخوف ثم صح منه ثم مرض ومات لم ترثه، وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال زفر بن الهذيل: ترث؛ لأنه طلاق في المرض، وليس بصحيح ؛ لأنه تعقب الصحة قد أخرج مرض الطلاق أن يكون مخوفاً، فلو طلقها في مرضه المخوف ثم قتل فيه أو افترسه سبع أو نهشته أفعى فكان موته من غيره، قال أصحابنا: لم ترث؛ لأن حدوث الموت من غيره فنفي عنه حكم الخوف. وهكذا لو طلقها في مرضه فارتدت عن الإسلام ثم عادت إليه قبل موته لم ترث قولاً واحداً؛

لأنها قد صارت بالردة في حال لو مات فيها لم ترثه، وإن كانت ذمية فطلقها في مرضه ثم أسلمت قبل موته لم ترثه؛ لأنه لو مات وقت طلاقه وقبل إسلامها لم ترثه، فانتفت التهمة عنه، ولو أسلمت ثم طلقها ورثت، ولو قال لها في مرضه موته: إن أسلمت فأنت طالق فأسلمت ورثت لتهمته، وهكذا لو كانت زوجته أمة فطلقها في مرضه ثم أعتقت لم ترث، ولو أعتقت ثم طلقها ورثت.

فلو أوقع الطلاق في حالة واحدة وذلك بأن يعلق الزوج طلاقها بقدوم زيد، ويعلق السيد عتقها بقدوم زيد، فيكون قدوم زيد موقعاً لطلاقها وعتقها، فيغلب فيها حكم الأسبق منهما، فإن سبق الزوج السيد فقال: إن قدم زيد فأنت طالق ثم تلاه السيد فقال: إن قدم زيد فأنت حرة فلا ميراث لها؛ لارتفاع التهمة عن الزوج، وإن سبق السيد فقال: إن قدم زيد فأنت حرة ثم تلاه الزوج فقال: إن قدم زيد فإنت طالق، فلها الميراث لتهمة الزوج، فلو قال لها السيد: إن طلقك الزوج غداً فأنت اليوم حرة، فطلقها الزوج من الغد ثلاثاً في مرض موته لم ترث قولاً واحداً، سواء علم الزوج بذلك أم لا؛ لأن العتق لا يقع إلا بالطلاق، ولو قال الزوج في مرضه: أن أعتقك السيد غداً فأنت اليوم طالق ثلاثاً، فأعتقها السيد في غد، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لها الميراث؛ لتهمة الزوج فتكون كالحرة المبتوتة في المرض.

والثاني: لا ميراث لها لتقدم الطلاق على العتق، فلوا اختلفت مع ورثة الزوج، فقالت: طلقني بعد عتقي فلي الميراث. وقال الورثة: طلقك قبل عتقك فلا ميراث لك، فالقول قول الورثة مع أيمانهم ولا ميراث لها؛ لأني الأصل فيها عدم الإرث حتى يتحقق سبقه. ولو اختلفت الحرة وورثة الزوج فقالت طلقني في مرضه فلي الميراث، وقال الورثة: طلقك في الصحة فلا ميراث لك، فالقول قول الزوجة مع يمينها ولها الميراث؛ لأن الأصل فيها استحقاق الميراث، ولأننا على يقين من حدوث الطلاق، وفي شك من تقدمه.

فصل: وإذا طلقها في مرضه طلاقاً رجعياً فإن مات في عدتها ورثته قولاً واحداً؛ لأنه لو كان طلاقاً في الصحة ورثت به، فلأن ترث به في المرض أولى، ولو ماتت عنه بعد انقضاء عدتها لم ترثه قولاً واحداً؛ لأن هذا الطلاق لا يمنعها الميراث فلم يتهم فيه وإنما منعها الميراث انقضاء العدة وليست من فعله.

فصل: ولو فسخ نكاحها في مرض موته بأحد العيوب، فيه وجهان:

أحدهما: أنه في حكم الطلاق في مرضه فترثه؛ لأنها فرقة في المرض هو متهوم بها.

والوجه الثاني: لا ترثه قولاً واحداً؛ لأمرين:

أحدهما: أنها فرقة بسبب من جهتها فضعفت تهمته بها.

والثاني: أن تأخيرها بعد العلم بها يسقط حقه من الفسخ، فخالف الطلاق الذي لا يسقط حقه منه بالتأخير.

فصل: وإذا ارتد في مرضه عن الإسلام فبانت منه ثم عاد إلى الإسلام لم ترثه قولاً واحداً بخلاف الطلاق؛ لأمرين:

أحدهما: أن الردة غير موضوعة للفرقة، وإن كانت من أحكامها، فخالفت حكم الطلاق الموضوع للفرقة.

والثاني: أنه غير متهوم بالردة في قصد ارتداده لما يتغلظ عليه من أحكامها. فخالفت الطلاق.

فصل: وإذا لاعنها في مرضه ثم مات فقد اختلف أصحابنا في ميراثها منه على ثلاثة أوجه:

أحدها: ترثه كالمطلقة للحوق التهمة فيه كالطلاق.

والثاني: لا ترثه؛ لأن لحوق المعرة به في لعانه وفساد فراشه ونفي نسب ولده عنه، تنفي عنه التهمة في فرقته فلم ترثه.

والوجه الثاني: إن لاعنها في المرض عن قذف في الصحة لم ترثه، وإن لاعنها عن قذف في المرض ورثت؛ لأن تقدم السبب على المرض ينفي عنه التهمة.

فصل: وإذا قال لها في مرضه: إن صليت فأنت طالق، أو قال لها: إن صمت فأنت طالق فصلت وصامت نظر، إن فعلت ذلك تطوعاً طلقت ولا ميراث لها؛ لأنها تجد من ترك التطوع بالصلاة والصيام بدًّا، فصارت مختارة للطلاق، فلم ترث، وإن صلت وصامت فرضاً طلقت ولها الميراث؛ لأنها لا تجد من فرض الصلاة والصيام بداً، فلم تصر مختارة للطلاق.

ولو قال لها: إن كلمت أبويك فأنت طالق، فكلمتهما طلقت مكانها، ولها الميراث؛ لأنها لا تجد من كلام أبويها بداً لأن ترك كلامهما معصية، وإن علق طلاقها وكلام غيرهما من أهلها وأقاربها، طلقت، ولم ترث لأنها تجد من كلام غيرهما بداً، وقال الحسن بن زياد الؤلؤي: إن كلمت ذا محرم ورثت كالأبوين وإن كلمت غير ذي محرم لم ترث ولا فرق بينهما عندنا لما ذكرناه.

فصل: وإذا طلق في مرضه أربع زوجات له ثلاثاً ثلاثاً، ثم تزوج أربعاً سواهن ومات عنهن وقيل بتوريث المبتوتة، ففي الميراث ها هنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ميراث الزوجات وهو الربع أو الثمن يكون مقسوماً بين الأربع

المطلقات والأربع المزوجات أثماناً؛ لأن كل فريق منهما يستحق الميراث.

والوجه الثاني: أن الميراث يكون للأربع المطلقات دون الأربع المزوجات؛ لأن حق المطلقات أسبق من حق المزوجات.

والوجه الثالث: أن الميراث يكون للأربع المزوجات دون المطلقات، لأن حقوق الزوجات ثابت بالنص، وحقوق المطلقات بالاجتهاد.

فلو تزوج بعد الأربع اثنتين، ثم مات، فأحد الأوجه الثلاثة أن الميراث مقسوم بين الست كلهن. والثاني أنه للأربع المطلقات. والثالث: للزوجتين نصف الميراث والنصف الباقي بين الأربع المطلقات والله أعلم.

بَـابُ الشَّكِّ فِي الطَّلاَقِ

قَالَ الشَّافِعِـيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ الشَّيْطَانَ لَعَنَهُ اللَّهُ يَأْتِي أَحَدَكُمْ فَيَنْفُخُ بَيْنَ أَلْيَتَيْهِ فَلاَ يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَشُمَّ رِيحاً» عَلِمْنَا أَنَّهُ لَمْ يُزَلْ يَقِينُ طَهَارَةٍ إِلاَّ بِيَقِينِ حَدَثٍ فَكَذَلِكَ مَنِ اسْتَيْقَنَ نِكَاحاً ثُمَّ شَكَّ فِي الطَّلاَقِ لَمْ يُزَلِ الْيَقِينُ إِلاَّ بِاليَقِينَ».

قال الماوردي: أما الشك في أصل الطلاق هل طلق أم لا؟ فلا طلاق عليه إسقاطاً لحكم الشك، واعتباراً بيقين النكاح وأن أحكام الشرع مستقرة على تغليب اليقين على الشك لحديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «إِذَا شَكَّ فِي صَلاَتِهِ فَلَمْ يَدْرِ ثَلاَثاً صَلَّى أَوْ أَرْبَعَاً فَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ».

ولقوله ﷺ: «إِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْتِي أَحَدَكُمْ فَيَنْفُخُ بَيْنَ إِلْيَتَيْهِ فيقول أَحْدَثْتُ أَحْدَثْتُ فَلاَ يَنْصَرِفَ مِنْ صَلاَتِهِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِـد رِيْحَاً».

فأمره في هذين الخبرين أن يعمل على اليقين فيما يؤديه من صلاته وفيما يلتزم من حدثه وأسقط حكم الشك أن يتعلق به حكم، فكذلك في الطلاق يلزم ما يتيقنه ويسقط ما يشك فيه، وكذلك سائر الأحكام، فإن قيل: فقد تركتم هذا لأصل في مواضع غلبتم فيها حكم الشك على اليقين منها في صلاة الجمعة إذا شك وهو فيها في دخول وقت صلاة العصر غلب حكم الشك وأتمها ظهراً فالجواب عن هذا أن أصحابنا اختلفوا فيه، فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه يتمها جمعة تغليباً لحكم اليقين في بقاء الوقت فسقط هذا الاعتراض.

وقال غيره من أصحابنا: بل يتمها لأجل الشك ظهراً؛ لأن فرض الصلاة متيقن فلم يسقط إلا بيقين الأداء، وأداء الجمعة يصح بشرط متيقن وهو بقاء الوقت، فلم يصح أداؤها مع الشك في وجود شرطها فلذلك أتمها ظهراً، فعلى هذا إنما هو تقابل أصلين لا يمكن العمل على اليقين فيها فرجحنا حكم اليقين في أوكدهما.

ومنها المتلفف في ثوبه إذا ضربه ضارب فقده، واختلف في حياته قبل ضربه،

القول فيه قول ضاربه، فقد خالفتم اليقين في بقاء حياته، قلنا: أما القود فلا يجب، لأنها شبهه والقود حد يسقط بالشبهة، وإما الدية ففيها قولان:

أحدهما: تجب اعتباراً باليقين في بقاء حياته.

والثاني: لا تجب اعتباراً باليقين في براءة الذمة، فعلى هذا قد تقابل أصلان لأحدهما بقاء الحياة في وجوب الدية.

والثاني: براءة الذمة في إسقاطها فعلم حكم اليقين في أحد الأصلين وهو براءة الذمة، وليس كذلك في الطلاق لأنه أصل واحد لم يعارضه غيره فاعتبر اليقين فيه. ومنها أن العبد الآبق إذا أعتقه عن كفارته لم يجزه، والأصل بقاء حياته، قيل: هذا نص الشافعي في عتقه عن الكفارة أنه لا يجزىء؛ لجواز أن يكون ميتاً، وعليه زكاة فطره؛ لجواز أن يكون حياً، فغلب حكم الحياةُ في الزكاة، وحكم الموت في الكفارة.

فمن أصحابنا من نقل كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وخرجهما على قولين:

أحدهما: يجزىء عتقه في الكفارة كما تجب فيه زكاة الفطر؛ تغليباً لليقين في بقاء الحياة.

والثاني: لا تجب فيه زكاة الفطر، كما لا يجزىء عتقه في الكفارة، تغليباً لحكم اليقين في بقاء الكفارة في الذمة؛ لأنه تقابل أصلان فرجح اليقين في أوكدهما وليس كالطلاق الذي هو أصل واحد يجب اعتبار اليقين فيه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فالشك في الطلاق على ضربين:

أحدهما: أن يشك في أصله.

والثاني: أن يشك في عدده، فإن كان شك في أصله، هل طلق أم لا؟ لم يلزمه الطلاق، اعتباراً باليقين في بقاء النكاح، وإسقاطاً للشك في رفعه بالطلاق، وهذا متفق عليه، لكن الورع أن يلتزم حكم الطلاق حتى لا يستبيح بضعاً بالشك، فإن كان الشك

في طلقة واحدة، هل أوقعها أم لا؟ فالتزامه لحكمها وَرَعاً أن يرتجعها، فإن كان قد طلق حلت له بالرجعة، وإن لم يكن قد طلق لم تضره الرجعة ويستبقيها على طلقتين، وإن كان الشك في الطلاق الثلاث هل أوقعها أم لا؟ فالورع أن يترك الاستمتاع بها، أن يعتزلها ويلتزم نفقتها، فيغلب الشك في اعتزال الوطء واليقين في التزام النفقة، وإن أراد الاستمتاع بها أن يطلقها ثلاثاً لتستبيح نكاح غيره بيقين، فإن كان قد وطئها من قبل لم يقع هذا الطلاق، وإن لم يكن قد طلقها من قبل وقع هذا الطلاق.

وحلت له لزوج بعده، فإذا استحلت بزوج حلت له أن ينكحها ثم هي مستباحة

بيقين هذا في الورع وإن لم يلزمه في الحكم أن يرتجع إذا شك في الواحدة، ولا أن يعتزل أو يطلق باليقين في أصل النكاح، واستدامة إباحته.

فصل: وإن كان الشك في عدد الطلاق مع يقين وقوعه، مثل أن يشك هل طلق واحدة أو ثلاثاً، لم يلزمه إلا اليقين وهو الأقل، وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: يلزم أكثر ما شك فيه وهو الثلاث، فلا تحل إلا بعد زوج.

فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة طلقت ثلاثاً؛ لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول اثنتين فبقيت معه على واحدة، فإذا تزوجها ثالثة بعد زوج ثان وطلقها واحدة طلقت منه ثلاثاً؛ لجواز أن يكون قد طلقها في النكاح الأول واحدة، ويسمى الطلاق الدولابي.

واستدل على التزامه مع الشك حكم الأكثر، بأن الشك في الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر على الإباحة، كمن اختلطت أخته بأجنبية حرم عليه نكاحها؛ تغليباً للتحريم، وكمن أصاب ثوبه نجاسة فلم يعرف موضعها، غسل جميعه تغليباً للنجاسة.

وكمن طلق أحدى زوجتيه، ولم يعرفها حرمتا على التأبيد تغليباً لحكم الطلاق، كذلك إذا شك في عدد الطلاق لزمه الأكثر تغليباً للطلاق.

ودليلنا مع ما قدمناه من الخبرين، أنه شك في طلاق فلم يحكم بوقوعه، كالشك في أصل الطلاق، ولأن كلما لو وقع الشك في أصله بنى على اليقين، وجب إذا وقع في عدده أن يبني على اليقين كالصلاة، ولأنه إسقاط حق فلم يلزم الشك كالإبراء.

فأما الجواب عن استدلالهم بتغليب الحظر على الإباحة فهو أن ذلك يكون مع اجتماعهم دون الشك فيهما، وأن لا أصل تغليب حكم.

فأما الثوب إذا شك في موضع النجاسة ومنه فغلبه على جميعه لأن وقوع النجاسة فيه قد يمنع الصلاة فيه، فلم يستبحها فيه إلا بيقين طهارة، فكذلك على جميعه وأما أخته وأجنبية، فلأن التحريم قد ثبت فلم يستبح أحدهما بالشك.

وكذلك إذا شك في المطلقة من زوجتيه وليس كالشك في الطلاق؛ لأنه لم يثبت تحريم الثلاث، فلم يلزم تحريمها بالشك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ حَنَثْتُ بِالطَّلاَقِ أَوْ فِي العِتْقِ وَقَفَ عَنْ نِسَائِهِ وَرَقِيقِهِ حَتَّى يُبَيِّنَ وَيَحْلِفَ لِلَّذِي يَدَّعِي فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الرَّقِيقِ عُتِقُوا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ وَقعَتْ عَلَى النِّسَاءِ لَمْ يُطَلَّقْنَ وَلَمْ يُعْتَقِ الرَّقِيقُ وَالوَرَعُ أَنْ يدعن مِيرَاثَهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل تيقين حنثه بطلاق نسائه، أو أعتق إمائه وأشكل عليه فلم يعلم هل كان بطلاق النساء أو عتق الإماء، مثل أن يقول وقد رأى طائراً: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، فإن لم يكن غراباً فإمائي أحرار، وطار الطائر ولم يعلم أغراب كان أو غير غراب، فيصير متقيناً للحنث في أحدهما، وإن لم يتيقن فيتعلق بشكه هذا أربعة أحكام:

أحدهما: أن يمتنع منهما قبل البيان منع تحريم، فلا يحل له وطء النساء ولا الاستمتاع بالإماء ولا التصرف فيهن تغليباً لحكم الحظر؛ لأن التحريم فيما واقع بيقين، والشك واقع بالتعيين، فجرى مجرى اختلاط أخته بأجنبية يوجب تحريمها عليه؛ لوقوع التحريم مع الجهل بالتعيين، وإذا حرم عليه النساء بالشك حرم عليهن أن يتزوجن غيره بالشك، وكذلك الإماء يحرم عليهن أن يتصرفن في أنفسهن، توقف أمر الفريقين على البيان.

فصل: والحكم الثاني: أن يؤخذ بنفقات النساء ونفقات الإماء، وإن حرمن عليه، لأن تحريمهن مسنوب إليه، ولأن نفقاتهن واجبة قبل الشك، فلم تسقط عنه بالشك، لكن يسقط حق القسم للنساء لتحريمهن كالمحرم بالردة والإحرام، ويوقف كسب الإماء أن يتصرفن أو السيد فيه، حتى يتيقن عتقهن فيملكن الفاضل من إكسابهن أو سير رزقهن فتكون ملكاً للسيد، فلو أراد السيد أن يستخدمهن وينفق عليهن، وأردن أن يكتسبن لأنفسهن وينفقن من كسبهن فيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول السيد تغليباً لسابق الملك.

والوجه الثاني: أن القول قولهن تغليباً لحكم التحريم.

فصل: والحكم الآخر أن يؤخذ ببيان الحنث، هل كان في طلاق النساء أو عتق الإماء وإن كان عنده بيان فإن بين شيئاً قبل منه؛ لأنه لما كان مقبول القول في وقوع العتق والطلاق كان مقبول البيان في الصفة التي يقع بها العتق والطلاق، فإن قال: كان الحنث بطلاق النساء، لأن الطائر كان غراباً طلق النساء بإقراره، فإن صدقه الإماء كن على رقهن، ولا يمين، عليه، وإن كذبنه حلف لهن وكن على رقهن، فإن نكل عن اليمين لهن، ردت اليمين عليهن، فإذا حلفن عتقن بأيمانهن بعد نكوله وطلق النساء بإقراره فلو أكذبنه ولم يكن إحلافه، فهل يحلفه الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحلفه؛ لأن في عتقهن حقاً لله تعالى.

والثاني: لا يحلفه لأن قولهن في تصديقه مقبول بغير يمين، ولو تجرد في حق الله تعالى يحلفن إن صدقه فدل على أنه من حقوقهن، وإن قال: كان الحنث بعتق

الإماء؛ لأن الطائر لم يكن غراباً عتق الإماء وإن صدقنه النساء، وإلا حلف لهن، ثم هن بعد إمائه زوجات، فإن نكل عن اليمين لهن ردت اليمين عليهن، فإذا حلفن طلقن بأيمانهن بعد نكوله، وعتق الإماء باقراره، وإن أمسك عن البيان فلم يبين طلاق النساء، ولا عتق الإماء نظر في إمساكه، فإن كان مع علمه بالحال حبس لهن حتى يبين، وإن كان إمساكه عن البيان لجهله بالحال لم يحبس، وكان النساء والإماء موقوفات على التحريم ما بقي حتى يموت، فلو قال: أمسكت عن البيان لخفائه علي، وقلن بل أمسك عنه مع علمه به، أحلف لهن ولم يحبسن، وإن نكل عن اليمين ردت عليهن ويحبس لهن، ورجع إلى بيانهن إن كان عندهن علم، كما يجوز رد اليمين عليهن، فإذا نكل عن اليمين لهن، فإن اتفق الفريقان على أن الحنث كان بطلاق النساء لأن الطائر كان غراباً حلف النساء، ولم يحلف الإماء، وطلق النساء بأيمانهن ولم يرق الإماء؛ لشك السيد في عتقهن.

وإن اتفقوا على أن الحنث كان بعتق الإماء، لأن الطائر لم يكن غراباً حلفن دون النساء، وعتقن بأيمانهن، ولم يحل النساء لشك الزوج في طلاقهن.

وإن اختلف الفريقان فادعى النساء الحنث بطلاقهن، لأن الطائر كان غراباً، وادعى الإماء أن الحنث بعتقهن لأن الطائر لم يكن غراباً، حلف كل واحد من الفريقين على ما ادعاه وطلق النساء بأيمانهن وعتق الإماء بأيمانهن.

فصل: والحكم الرابع: إذا لم يكن عنده بيان أو كان فلم يبين حتى مات، فهل يرجع إلى بيان ورثته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع إلى بيانهم، لقيامهم بالموت مقامه، فعلى هذا يقوم بيانهم مقام بيانه على ما مضى.

والوجه الثاني: وهو أصح مذهبنا وحجاجاً، أنه لا يرجع إلى بيانهم، أما المذهب فلقول الشافعي هاهنا، فإن مات أقرع بينهن، ولم يقل إنه يرجع إلى بيان ورثته، فأما الحجاج فلأنهم يأخذون البيان عنه، فإذا لم يكن عنده فهم بذلك أولى، ولأنهم لا يقع منهم الطلاق فلم يرجع إليهم في بيانه، فعلى هذا يقرع بين الإماء والنساء سواء كان عند الورثة أم لا، وهكذا لو رجع إلى بيانهم فلم يكن عندهم بيان أقرع بينهم وإذا وجب الإقراع بينهم جمع بين النساء في قرعة، وبين الإماء في قرعة، وأخرجت على العتق والطلاق لأن العتق قد خلا في القرعة فدخلت في هذا الموضع، فإن قيل: وليس للطلاق مدخل في القرعة فلم دخلت في هذا الموضع، وفي ذلك إدخال قرعة في شيئين ليس لأحدهما مدخل في القرعة قيل: قد يجوز إذا لم يثبت حكم الشيئين بسبب واحد وإن لم يثبت به إحداهما، كما أن القطع مع العزم في

السرقة لا يثبت إلا بشاهدين ويجوز أن يثبت العزم وحده بالشاهد والمرأتين، وإن لم يثبت به القطع.

فصل: فإذا ثبت جواز القرعة فإن رجعت بقرعة الإماء عتقن من رأس المال إلا أن يكون عقد اليمين في المرض فيعتقن من الثلث، وكان النساء زوجات يحكم لهن بالميراث، لأن الإرث مستحق قبل الشك فلم سقط بالشك كالنفقة؟ وإن خرجت القرعة على النساء لم يطلق ورق الإماء وقال أبو ثور: يطلق النساء بالقرعة كما يعتق الإماء بها، استدلالاً بأن العتق والطلاق يجتمعان في وقوعهما على الجهالة والغرر، فوجب أن يجتمعا في دخول القرعة فيهما، ولأنها داخلة في تميـيز العتق والطلاق، فكذلك في تميـيز الطلاق من العتق. وهذا خطأ، لأنه لو طلق واحدة من نسائه لا بعينها لم يقع بينهن. ولو أعتق واحدة من إمائه أو عبيده أقرع بينهن، فدل على دخول القرعة في العتق دون الطلاق، وإنما دخلت القرعة في العتق، لأن العتق محله الملك والقرعة تدخل في المال، فجاز أن تدخل فيما يكون محله في الملك، وليس كذلك الطلاق، لأن محله النكاح، والقرعة لا تدخل في النكاح، فلم تدخل فيما يكون محله النكاح، فإذا تقرر أن خروج القرعة على النساء لا يوقع عليهن الطلاق فلهن الميراث، لأنه لا يثبت ما يسقطه، إلا أن يكون فيهن من ادعت طلاقها يكون الطائر غراباً فلا ترث لإخبارها بسقوط الإرث، فأما الإماء فيثبت لهن حكم الرق بخروجهن من القرعة، ويجوز للورثة التصرف فيهن لثبوت رقهن، فإن قيل فهلا منع الورثة من التصرف فيهن كما منع السيد، قيل الفرق بينهما أن السيد اجتمع في ملكه المحظور والمباح لأنه يملك الإماء وأبضاع النساء، فغلب حكم الحظر على الإباحة، لاجتماعهما يقيناً، وليس كذلك للورثة، لأنهم لا يملكون أحد الفريقين، وهم الإماء دون أبضاع النساء، فلم يجتمع الحظر والإباحة، فكذلك لم يغلب حكم الحظر على الإباحة، وصار ملكاً شك في حظره بعد الإباحة فأعثر فيه أصل الإباحة، فإذا صح كون الإماء ملكاً للورثة، فقد اختلف أصحابنا في ارتفاع الشبهة عنهن على وجهين:

أحدهما: لا ترتفع الشبهة عنهن للشك المتقدم في عتقهن، وأن القرعة لم تدخل لتحقيق ما وقعت عليه من الطلاق، فأولى أن لا تدخل لتحقيق ما لم يقع عليه من العتق، فعلى هذا لا يجوز للورثة الاستمتاع بهن، ويجوز التوصل إلى أخذ أثمانهن ويملك كسبهن ولو وُرِّعوا كان أولى.

والوجه الثاني: أن الشبهة عن رقهن مرتفعة، لأن القرعة تضمنت نفياً وإثباتاً. أما النفي فنفي عتق الإماء. وأما الإثبات فإثبات طلاق النساء، فإذا لم يعمل في إثبات الطلاق لم يتحقق، وإذا عملت في نفي العتق تحقق، فعلى هذا يجوز لهم وطء الإماء والتصرف فيهن كيف شاءوا.

فصل: وإذا قال الرجل: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وإن كان حماماً فإمائي أحرار فطار ولم يعلم، فإذا كان كذلك فلا حنث عليه بطلاق ولا عتق، لأنه قد يجوز أن يكون الطائر ليس بغراب ولا حمام فلم يتحقق الحنث. وليس كالذي يقدم إن كان غراباً أو غير غراب، لأنه لا ينفك من أحدهما.

فصل: ولو أن رجلين قال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار، فطار ولم يعلم أغراباً كان أو غير غراب فلا حنث على واحد منهما وللزوج أن يستمتع بنسائه، وللسيد أن يتصرف في عبيده، لأن كل واحد منهما شاك في الحنث فلم يلزمه حنث، وخالف اجتماعهما في ملك واحد، لأن الحنث يقين وإن جهل تعيينه.

فصل: فإذا قال رجلان ولكل واحد منهما عبد، فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر فطار ولم يعلم أغراب كان أو غير غراب لم يعتق عبد كل واحد منهما لشكه في عتقه، فإن اشترى أحدهما عبد الآخر فصارا معاً في ملك أحدهما نظر، فإن تكاذبا عتق على المشتري العبد الذي اشتراه، لأنه مقر بحريته، وعبده الأول على رقه، وإن لم يتكاذبا وكان كل واحد منهما على شكه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه قد تعين على المشتري عتق أحدهما، كما لو قال ذلك وهما في ملكه، لاجتماعهما الآن في ملكه فعلى هذا يمنع من التصرف فيهما حتى يبين الحر منهما.

والوجه الثاني: أنه لا عتق عليه في واحد منهما لأن كل واحد من السيدين قد كان له التصرف في عبده بعد اليمين. وكذلك إذا اجتمع في ملك أحدهما ولكن لو تنازع كل واحد منهما عبد الآخر فكان كانا تكاذبا اعتق على كل واحد منهما العبد الذي اشتراه وإن لم يتكاذبا جاز لكل واحد منهما أن يتصرف في العبد الذي اشتراه وجهاً واحداً، لأنهما لم يجتمعا في ملك ومشتري كل واحد منهم يقوم مقام بائعه فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثَلَاثاً مُنِعَ مِنْهُمَا وَأُخِذَ بِنَفَقَتِهِمَا حَتَّى يُبَيِّنَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا قال وله زوجتان: إحداكما طالق ثلاثاً، طلقت إحداهما دون الأخرى.

وقال مالك: طلقتا معاً، لأن إرسال الطلاق عليهما يجعل لكل واحدة منهما حظاً

فطلقتا، كما لو شرك بينهما. وقال داود: لا طلاق على واحدة منهما، كما لو قال: لأحد هذين الرجلين عليّ ألف درهم لم يلزمه لواحد منهما شيء. وكلا المذهبين مدخول ويلزمه طلاق إحداهما دون الأخرى لرواية عطاء عن ابن عباس أن رجلاً من أهل عمان أتاه فقال: إن لي ثلاث نسوة وإني طلقت إحداهن، فثبت طلاقها فقال ابن عباس: إن كنت نويت طلاق واحدة منهن بعينها، ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق، كما يشتركن في الميراث، وإن لم تكن نويت واحدة منهما بعينها، فطلق أيتهن شئت وأمسك الباقيتين. وهذا قول ابن عباس، وليس أعرف له في الصحابة مخالفاً فصار إجماعاً.

وقوله: إن كنت نويت واحدة منهن بعينها، ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق، يعني في تحريم الطلاق لا في وقوعه على ما سنذكره، ولأن الحظر والإباحة إذا اجتمعا لم يغلب حكم الإباحة إجماعاً، فسقط به قول داود، وإذا أمكن تميـيزها لم يغلب به حكم الحظر، فبطل به قول مالك. ولأنه لو قال لعبديه: أحدكما حر، عتق أحدهما، وبين المعتق منهما كذلك الطلاق وفيما ذكرنا انفصال.

فصل: فإذا ثبت أنه يطلق إحداهما دون الأخرى. فلا يخلو حال المطلقة منهما من أحد أمرين، إما أن يعينها باللفظ أو لا يعينها، فإن عينها وقت لفظه وقصدها بإشارته أو تسميته فهي المطلقة ولا يجوز أن يصرف الطلاق عنها إلى غيرها. فإن لم يكن قد نسيها ولا أشكلت عليه سئل عنها وأخذ ببيانها، وإن كان قد نسيها أو خفيت عليه، لأنه طلقها في ظلمة أو من وراء جدار، وقف أمرها وأخذ ببيانها بالكشف عن الحالة والتوصل إلى زوال الإشكال، فإذ بين أجدهما قبل قوله، فإن صدق عليها لم يحلف وإن كذبتاه حلف للباقية منهما دون المطلقة، لأنه لو رجع عن المطلقة لم يقبل منه، ولو رجع عن الباقية قبل منه، وكان الطلاق واقعاً وقت لفظه دون بيانه، وكذلك الفترة عقيب الطلاق، وإن لم يعين الطلاق وقت لفظه وأرسله بينهما فله أن يعينه الآن فيمن شاء منهما، ويكون الأمر فيه إلى خياره، فأيتهما شاء أن يعينها بالطلاق فعل، ويؤخذ بالبيان في تعيـين التي شاء طلاقها، فإذا عينها بالطلاق وبينها فقد اختلف أصحابنا هل يكون الطلاق واقعاً عليها من وقت اللفظ أو وقت التعيـين؟ على وجهين:

أحدهما: من وقت اللفظ، لأنه أوجب الطلاق.

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة من وقت التعيـين لأنه ميز الطلاق فإذا قيل بهذا الوجه اعتدت من وقت التعيـين، وإذا قيل بالأول ففي عدتها وجهان:

أحدهما: من وقت وقوع الطلاق، باللفظ؛ لأنها تتعقب بالطلاق.

والوجه الثاني: من وقت تعيـينه، وإن تقدم الطلاق شرع بغليظ الأمرين.

فصل: فلو قال: إحداكما طالق، وكان نكاح إحداهما فاسداً، ونكاح الأخرى صحيحاً فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على المنكوحة نكاحاً صحيحاً، ولم يرجع إلى خياره، لأنه لا يقع الطلاق إلا عليها، وكان معيناً فبين أنه أراد المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه هكذا لو اتفقت الزوجتان في الاسم والنسب ونكاح إحداهما فاسد، فذكرت باسمها ونسبها الذي يشتركان فيه، وقال: أردت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه. وقال أبو حنيفة: إن قال: إحداكما طالق قبل منه، وإن اشتركا في الاسم والنسب لم يقبل، ووافقنا في العبدين إذا اشتركا في الاسم، وشراء أحدهما فاسد وشراء الآخر صحيح، وقال يا فلان: أنت حر، وأراد المشتري فاسداً قبل منه، كما لو قال: أحدكما حر. وهذا حجة عليه في الطلاق، فوجب التسوية بينهما، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ قَالَ لَمْ أُرِدْ هَذِهِ بِالطَّلَاقِ كَانَ إِقْرَاراً مِنْهُ لِلأُخْرَى».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا طلق إحدى امرأتيه كان مأخوذاً بالبيان، فإن كان الطلاق معيناً أخذ (تبيين المعينة منهما)، وإن كان مرسلاً عينه فيمن شاء منهما، ثم هما إلى وقت البيان في الاستمتاع كالأجانب وكالزوجات في النفقة وإنما حرمتا معاً قبل البيان، لأن المحرمة منهما غير متميزة عن المباحة فغلب فيهما حكم الحظر والتحريم، كما لو اختلطت زوجته بأجنبية، حرمتا عليه في حال الاشتباه حتى يستبين الزوجة من الأجنبية.

وأما التزام النفقة فلأن المحرمة منهما محتبسة على بيانه العائد إليه عن زوجته تقدمت عليه فجرى مجرى المشرك إذا أسلم عن عشر زوجات، كان عليه التزام نفقاتهن حتى يختار منهن أربعاً يحبس على اختياره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أخذه بالبيان، لم تخل المبينة من أن يكون طلاقها معيناً أو مبهماً مرسلاً، فإن كان معيناً لم يخل حال بيانه من أحد أمرين. إما أن يكون بالقول أو بالوطء فإن بين بالقول صح، وهو في بيانه بين أمرين، إما أن يبين المطلقة منهما فتبين بها زوجته الأخرى، كقوله وهما حفصة وعمرة: المطلقة هي حفصة فيعلم أن عمرة زوجته، أو يبين الزوجة منهما، فيعلم أن الأخرى هي مطلقة، كقوله عمرة هي الزوجة فيعلم أن عمرة هي المطلقة ولكن لو كن ثلاثاً كان أنجز البيانين بيان المطلقة، فيقول حفصة هي المطلقة، فيعلم ببيان طلاقها أن من سواها من الأخرتين زوجتان، ولو قال حفصة زوجة احتاج إلى بيان ثان في الأخرتين، إما بأن يبين المطلقة منهما فتكون الأخرى زوجة وإما أن يبين الزوجة منهما فتكون الأخرى مطلقة، فهذا حكم بيانه بالقول، فأما بيانه بالوطء وهو أن يطأ إحداهما، فلا يكون وطئه بياناً لزوجته الموطوءة، وتعيين الطلاق في الأخرى، فإن قيل فهلا كان الوطء بياناً كما لو قال: باع

أمته بشرط الخيار، ثم وطئها البائع في زمان خياره كان وطئه بياناً لفسخ البيع، لأنه لا يطأ إلا في ملك، فكذلك لا يطأ إلا زوجة. قيل: الفرق بينهما أن الطلاق لا يقع إلا بالقول دون الفعل، فلم يصح منه بيانه، والملك يصح ويثبت بالقول والفعل فصح فسخه في البيع بالقول والفعل.

فإذا ثبت أنه لا يكون بالوطء مبيناً عن الطلاق، سئل عن بيان المطلقة قولاً، فإن بين المطلقة عن الموطوءة صار واطئاً لزوجته، وكان الطلاق واقعاً من وقت اللفظ دون البيان، وإن بين أن المطلقة هي الموطوءة صار واطئاً لأجنبية، وكان عليه الحد، إن علم دونها، لأنها لم تعلم وعدتها من وقت اللفظ دون البيان، وسواء كان الوطء في زمان العدة أو بعد انقضائها إذا كان الطلاق ثلاثاً، ولا عدة عليها من الوطء إن حد، لأنه زنا، واعتدت منه إن لم يحد، لأنه شبه.

فصل: وإن كان الطلاق مبهماً، لم يعتبر في واحدة منهما، وأرسل نيتهما كان مخيراً في إيقاعه على أيتهما شاء وأخذ بتعيينه، فإن عينه بالقول صح، فإن عينه بالوطء فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا، والظاهر من مذهب الشافعي أنه يصح تعيينه كما يصح به فسخ المبيعة، ويكون الفرق بين الطلاق المعين، حيث لم يكن الوطء فيه بياناً، وبيان الطلاق المبهم حيث صار الوطء فيه بياناً، إن الطلاق المعين لا خيار في تعيينه، فلم يكن اختياره للوطء تعييناً، والطلاق المبهم له الخيار في تعيينه، فجاز أن يكون اختياره للوطء تعييناً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، والظاهر من مذهب الشافعي، أنه لا يصح تعيينه بالوطء وإن صح بالوطء فسخ البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما، فإذا جعلنا الوطء تعييناً للطلاق، كانت الموطوءة زوجة وصار الطلاق واقعاً على غير الموطوءة. وإذا لم يجعل الوطء تعييناً للطلاق، أخذ بتعيينه قولاً واحداً، وهل يلزم تعيينه في غير الموطوءة أن يكون على خياره في تعيينه في أيتهما المطلقة على وجهين:

أحدهما: يلزم تعيينه بالقول في غير الموطوءة ليكون الوطء لزوجته.

والوجه الثاني: أن يكون على خياره في تعيينه في أيتهما شاء، كما لو كان مخيراً لو لم يطأ فعلى هذا إن عينه في غير الموطوءة تعين فيها، وكانت الموطوءة زوجته، وإن عينه في الموطوءة تعين فيها، وهل يكون الطلاق واقعاً بهذا التعيين، أو يكون واقعاً باللفظ المقدم؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الطلاق يقع في التعيين وتكون المعينة قبل التعيين وبعد التلفظ بالطلاق زوجته.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الطلاق يقع باللفظ المتقدم، وأن الوطء صادفها وهي غير زوجة، غير أنه لا حد عليه بحال، لأنها كانت جارية في حكم الزوجات لتخييره تعيين الطلاق في غيرها، فعلى هذا إن قيل: إن الطلاق يقع بالتعيين المتأخر، فالعدة من وقت التعيين، وإن قيل: إن الطلاق يقع باللفظ المتقدم ففي العدة وجهان:

أحدهما: أنها من وقت الطلاق المتقدم لا من العدة بتعقب الطلاق.

والوجه الثاني: أن العدة من وقت التعيين المتأخر، وإن تقدم الطلاق اعتباراً بالتغليظ في الأمرين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَخْطَأْتُ بَلْ هِيَ هَذِهِ طُلِّقَتَا مَعاً بِإِقْرَارِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل طلق إحدى زوجتيه وأخذ ببيان المطلقة منهما، فقال: هي هذه لا بل هذه، فلا يخلو حال الموقع بينهما من أن يكون معيناً أو مبهماً، فإن كان معيناً فقال: هذه لا بل هذه طلقتا معاً، لأن البيان لا يقع به الطلاق وإنما هو إقرار بوقوعه باللفظ المتقدم، فإذا قال: بل هذه صار مقراً بطلاقها، فإذا قال: لا بل هذه صار مقراً بطلاق الأخرى راجعاً عن طلاق الأولى، فقبل إقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه عن الأولى كمن قال: عليّ لزيد ألف درهم، لا بل هي على عمرو، كان مقراً لكل واحد منهما بألف، لأن رجوعه عن زيد إلى عمرو يجعله مقراً لزيد وعمرو.

وإن كان الطلاق مبهماً ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما تطلقان معاً كالطلاق المعين وهذا على الوجه الذي نقول: إن البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق باللفظ دون التعيين.

والوجه الثاني: أنه يطلق الأولى دون الثانية، وهذا على الوجه الذي يقول فيه: إن البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق بالتعيين، ويكون الفرق على هذا بين المعين والمبهم، أن البيان في المعين إقراراً، فجاز أن يكون الثاني إقراراً كالأول والثاني في المبهم طلاق، ولم يكن الثاني طلاقاً بخلاف الأول، لأنه إشارة والطلاق لا يقع بمجرد الإشارة.

فصل: وإذا كان له ثلاث زوجات، وطلق واحدة منهن طلاقاً معيناً، وأخذ ببيانها، فقال: هي هذه، بل هذه بل هذه، طلقن كلهن لما ذكرنا من أنه صار مقراً بطلاقهن كلهن، فلو قال: هي هذه، أو هذه أو هذه، لم يكن فيه بيان لطلاق واحدة منهن، لأنه

لم يرد بياناً على ما علمناه، فلو قال: هي هذه وهذه وهذه طلقن كلهن.

ولو قال: هي هذه أو هذه أو هذه، طلقت الأولى وأخذ ببيان إحدى الأخرتين فيصير مطلقاً لاثنتين، ثم قياس هذا في الأربع إذا طلق واحدة منهن. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُما قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ وَقَفْنا لَهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِيراثَ زَوْجٍ وَإِذَا قَالَ لإِحْدَاهُما هِذِهِ الَّتِي طَلَّقْتُ رَدَدْنا عَلَى أَهْلِها ما وَقَفْنَا لَهُ وَأَحْلَفْنَاهُ لِوَرَثَةِ الأُخْرَى».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا طلق إحدى زوجتيه ثم لم يبين حتى ماتت إحدى الزوجتين، عزل من تركتها ميراث زوج لجواز أن تكون هي الزوجة، والأصل ثبوت الزوجية، وأخذ ببيان المطلقة منهما بعد الموت كما يؤخذ ببيانها قبله، سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً، لأن الطلاق واقع في الإبهام لوقوعه في التعيين، وإنما يكون في المعين مخبراً، فإن قال: المطلقة هي الميتة والباقية هي الزوجة فقد انتفت التهمة عنه في الميراث فرد على ورثته، وتكون الباقية زوجة، فإن أكذب في هذا البيان فلا يمين عليه لورثة الميتة إن كانت مدخولاً بها، لأنهم لا يستحقون بهذا التكذيب شيئاً.

فأما الزوجة الباقية إذا أكذبته، وقالت: أنا المطلقة فإن كان الطلاق معيناً فلها إحلافه، وإن كان الطلاق مبهماً فليس لها إحلافه، لأنه في المعين مخبر فجاز أن يحلف على تكذيبه في خبره، وفي المبهم مخير، فلم يجز أن يحلف على خياره.

فأما إن كانت الميتة غير مدخول بها، فهو وإن أسقط ميراثه منها فقد رام بما أقر به من الطلاق إسقاط نصف مهرها فننظر فإن كان نصف الصداق مثل الميراث، أو أقل فلا يمين عليه، وإن كان نصف الصداق أكثر كان لورثتها إحلافه إن كان الطلاق معيناً، ولم يكن لهم إحلافه إن كان مبهماً، فلو ماتت الزوجتان قبل بيانه، عزل له من تركة كل واحدة منهما ميراث زوج، لجواز أن تكون هي الزوجة وأخذ بالبيان، فإذا بين طلاق إحداهما رد ما عزل من ميراثه منها على ورثتها، ولم يستحق ميراث الأخرى، لأنها زوجة، فإن أكذبه الفريقان كان لورثة الزوجة منهما إحلافه، إن كان الطلاق معيناً، ولم يكن لهم إحلافه إن كان مبهماً.

ولم يكن لورثه المطلقة منهما إحلافه إن كانت مدخولاً بها، ولا إن كانت غير مدخول بها، وكان نصف الصداق أقل من الميراث أو مثله.

وإن كان أكثر منه فلهم إحلافه، إن كان الطلاق معيناً، وليس لهم إحلافه إن كان مبهماً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ كَانَ هُوَ المَيِّتَ وَقَفْنَا لَهُمَا مِيرَاثَ امْرَأَةٍ حَتَّى يَصْطَلِحَا».

قال الماوردي: وصورتها: فيمن طلق إحدى زوجتيه ثم مات قبل بيان المطلقة منهما، وجب أن يعزل من تركته ميراث زوجة من ربع أو ثمن، هل يقوم ورثته مقامه في بيان المطلقة منهما؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم يقومون مقامه في البيان، سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً، لأنهم لما قاموا مقامه في استحقاق النسب والإقرار به قاموا مقامه في تعيين الطلاق.

والوجه الثاني: أنهم لا يقومون مقامه فيه، ولا يرجع في بيانه إليهم، سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً، لأن في بيانهم إسقاط وارث مشارك، والوارث لا يملك إسقاط من شاركه في الميراث.

والوجه الثالث: أنهم يقومون مقامه في الطلاق المعين، لأنهم مخيرون، وقد يجوز أن يخيروا عنه، ولا يقومون مقامه في الطلاق المبهم، لأنه يرجع فيه إلى خيار من يملك الطلاق، وهم لا يملكونه.

فإذا قلنا: إنه يرجع إلى بيانهم، قاموا فيه مقام بيان الزوج، وكان الخصم في الميراث هو وارث الزوج، فإذا بين وأكذب في البيان، لم يحلف للمقر بزواجها وحلف للمقر بطلاقها، إن كان معيناً، ولم يحلف إن كان مبهماً، وإذا قلنا إنه لا يرجع إلى بيان الوارث لم يكن الوارث خصماً لهما، ووقف الميراث بين الزوجتين حتى يتحالفا عليه، فتأخذه الحالفة منهما دون الناكلة أو يصطلحان عليه فيقتسمانه عن تراض منهما به، وإلا فهو باق على الوقف بينهما حتى يكون منهما أحد هذين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ قَبْلَهُ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَهَا فَقَالَ وَارِثُهُ طَلَّقَ الأُولَى وَرِثَتْ الأُخْرَى بِلاَ يَمِينٍ وَإِنْ قَالَ طَلَّقَ الحَيَّةَ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُما أَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المَيِّتِ فَيَحْلِفُ أَنَّ الْحَيَّةَ هِيَ الَّتِي طَلَّقَ ثَلاَثاً وَيَأْخُذُ مِيرَاثَهُ مِنَ الْمَيِّتَةِ قَبْلَهُ وَقَدْ يَعْلَمُ ذَلِكَ بِخَبَرِهِ أَوْ بِخَبَرِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُصَدِّقُهُ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ زَوْجٍ مِنَ الْمَيِّتَةِ قَبْلَهُ وَلِلْحَيَّةِ مِيرَاثُ امْرَأَةٍ مِنْهُ حَتَّى يَصْطَلِحَا».

قال الماوردي: وصورتها فيمن طلق إحدى زوجتيه، ثم ماتت إحداهما ومات الزوج بعدها قبل البيان، فالواجب أن يعزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج، لجواز أن تكون الباقية هي الزوجة ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة، لجواز أن تكون الباقية هي الزوجة، ثم ينظر ما يقوله وارث الزوج، فإن قال ما يضره في الأمرين: بأن

المتوفاة قبله مطلقة، فلا ميراث لنا منها والباقية بعده زوجة فلها الميراث معنا، فقد بين ما يضره، فقوله مقبول فيه، لأن ما يدعي عليه من ميراث الباقية قد صدق عليه، وما يجوز أن يطالب به من ميراث الميتة قد أسقطه فلم يعترض عليه، وإن بين ما ينفعه في الأمرين فقال: الميتة هي الزوجة فلنا الميراث من تركتها، والباقية هي المطلقة فلا ميراث لها معنا، فإن صدق على ذلك زال النزاع، وحمل الأمر على ما قال، فأعطي ميراث الميتة، ومنع من ميراث الحية. وإن أكذب عليه وقال وارث الميتة: هي المطلقة فلا ميراث لكم منها:

وقالت الباقية: أنا الزوجة فلي الميراث معكم، ففيه قولان، نص عليهما الشافعي هاهنا، وتلك الأوجه الثلاثة بناء عليها، ومخرجه منها **أحد القولين**: أنه يرجع إلى بيان الوارث، فيحلف لورثة الميتة على العلم، لأنها يمين على نفي طلاق غيره، فيقول: والله لا أعلم أنه طلقها، ويستحق من تركتها ميراث زوج، ويحلف للباقية على البت والقطع، لأنها يمين على إثبات طلاقها فيقول: والله لقد طلقها ويسقط ميراثها من الزوج.

والقول الثاني: أنه لا يرجع إلى بيان الوارث لما ذكرنا من التعليل، ويكون ما عزل من ميراث الميتة موقوفاً حتى يصطلح عليه وارثها ووارث الزوج.

وما عزل من ميراث الزوج موقوفاً حتى تصطلح عليه الزوجة الباقية ووارث الزوج والله أعلم بالصواب.

بَـابُ مَا يَهْدِمُ الرَّجُلُ مِنَ الطَّلَاقِ مِنْ كتَابَيْنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «لَمَّا كَانَتِ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ تُوجِبُ التَّحْرِيمَ كَانَتْ إِصَابَةُ زَوْجٍ غَيْرِهِ تُوجِبُ التَّحْلِيلَ وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ فِي الطَّلْقَةِ وَلَا فِي الطَّلْقَتَيْنِ مَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ لَمْ يَكُنْ لإِصَابَةِ زَوْجٍ غَيْرِهِ مَعْنًى يُوجِبُ التَّحْلِيلَ فَنِكَاحُهُ وَتَرْكُهُ سَوَاءٌ» وَرَجَعَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ إِلَى هَذَا وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَجُلاً سَأَلَهُ عَمَّنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ اثْنَتَيْنِ فانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ فَطَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَتَزَوَّجَهَا الأَوَّلُ قَالَ عُمَرُ هِيَ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن الفرقة الواقعة بالطلاق تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: وهو أخفها: ما يستبيحه المطلق بالرجعة من غير عقد، وهو ما دون الثلاث في المدخول بها فيستبيحها الزوج بأن يراجعها في العدة.

والقسم الثاني وهو أغلظهما: أن لا يستبيحها المطلق إلا بعد زوج، وهو الطلاق الثلاث في المدخول بها وغير المدخول بها، فهي محرمة عليه بالثلاث، حتى تنكح زوجاً غيره.

والقسم الثالث: وهو أوسطها أن يستبيحها بعد نكاح بعد طلاقه، ولا يستبيحها بالرجعة، ولا يفتقر إلى نكاح زوج، وهو ما دون الثلاث من طلقة أو طلقتين إما في غير مدخول بها وإما في مدخول بها بعد انقضاء عدتها، وإما في مختلعه، فإن نكحها قبل زوج أو بعد زوج، لم يصبها حتى طلقها، فإذا تزوجها الأول كانت معه على ما بقي من الطلاق إجماعاً، وإن كان الأول واحدة بقيت معه على اثنتين، وإن كان اثنتان بقيت معه على واحدة، وإن نكحت زوجاً وأصابها ثم طلقها وعاد الأول بعد عدتها من الثاني وتزوجها، فقد اختلف الفقهاء فيه، فذهب الشافعي إلى أن وجود الزوج الثاني كعدمه، وأنه لا يرفع ما تقدم من طلاق الأول، وإذا نكحها الأول بعده كانت معه على ما بقي من الطلاق، فإن كان الطلاق واحدة بقيت معه على اثنتين، وإن كان اثنتان بقيت على واحدة، فإن طلقها في النكاح الثاني واحدة حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة.

ومن الفقهاء: مالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وزفر بن الهذيل ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة ويوسف: الزوج الثاني قد هدم طلاق الأول ورفعه، فإذا عادت إلى الأولى كانت معه على ثلاث تطليقات، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٩٩]. فاقتضى ظاهر الآية جواز الرجعة إذا طلقها في النكاح الثاني، واحدة بعد اثنتين في النكاح الأول، وأنتم تمنعون منها وتحرمونها إلا بعد زوج، قالوا: ولأنها إصابة زوج ثان فوجب أن تهدم ما تقدم من طلاق الأول، أصله إذا كان طلاق الأول ثلاثاً، قال: ولأن إصابة الثاني لما قويت على هدم الطلاق الثلاث، كانت على هدم ما دونها أقوى، كمن قوي على حمل مائة رطل كان على حمل رطل أقوى، وكالماء إذا رفع كثير النجاسة كان برفع قليلها أولى، وكالغسل إذا رفع الجنابة، كان برفع الحدث أولى، وكالجنابة إذا نقضت طهر البدن، كانت بنقض طهارة بعضه أولى.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. فكان طلاق من بقيت له من الثلاث طلقة يوجب تحريمها إلا بعد زوج، سواء نكحت قبل طلاقه زوجاً أم لا، فإن قيل: فإن كان آخر الآية دليلاً لكم، كان أولها على ما مضى دليلاً لنا، قيل: إذا اجتمع في الآية الواحدة ما يوجب الحظر والإباحة، كان تغليب ما يوجب الحظر على الإباحة أولى.

ومن القياس أنها إصابة لم تكن شرطاً في الإباحة فلم تهدم ما تقدم الطلاق كإصابة السيد والإصابة بشبهة ولأنه طلقها قبل استكمال عدد الطلاق، فوجب أن يبنى على ما تقدم من الطلاق، وأصله إذا لم يدخل بها الثاني، ولأن الاستباحة الواقعة بعد الفرقة المستبيحة عن نكاح زوج، لا تردها إلى أول العدة كالرجعة، لأنها طلقة استكمل بها عدد الثلاث، فوجب تحريمها إلا بعد زوج.

أصله: إذا استكمل الثلاث في الابتداء، ولأن إصابة الزوج الثاني في الطلاق الثلاث لا يهدمه، وإنما يرفع تحريمه لأمرين:

أحدهما: أن الطلاق قد وقع فلم يرتفع بعد وقوعه.

والثاني: أنه لو ارتفع لاستباحها بغير عقد، وإذا أثرت في رفع التحريم في الثلاث وليس فيما دون الثلاث تحريم لم يكن للإصابة فيها تأثير.

ولأننا أجمعنا على أن النكاح الثاني يبنى على الأول في الإيلاء والظهار، قبل زوج وبعده فكذلك في عدد الطلاق.

وأما الجواب عن الآية فقد مضى.

وأما الجواب عن قياسهم على الثلاث، فهو أنه لما كانت الإصابة شرطاً فيه كانت رافعة له، وليست شرطاً فيما دونها فلم يرفعه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما قوي على رفع الأكثر كان على رفع الأقل أقوى، فهو أن الإصابة عندنا لا ترفع الثلاث على ما ذكرنا وإنما ترفع تحريمها، وليس فيما دون الثلاث تحريم، على أن هذا الأصل غير مستمر على مذهب أبي حنيفة لأنه جعله قد يجعل الشيء مؤثراً في الأكثر غير مؤثر في الأقل في مواضع شتى. فمنها أن العاقلة تتحمل جميع الدية ولا تتحمل ما دون الموضحة. ومنها أنه لو قال لزوجته: أنت بائن ينوي بها الثلاث، كانت ثلاثاً ولو نوى اثنتين كانت واحدة، فجعل النية مؤثرة في الثلاث غير مؤثرة في الأقل. ومنها أن القهقهة في الصلاة تبطل الصلاة والطهارة، وفي غير الصلاة لا تبطل الطهارة، فجعلها مؤثرة في الأكثر غير مؤثرة في الأقل، ففسد به ما ذهب إليه. والله أعلم.

فصـل: في فروع الطلاق

وإذا تزوج الرجل جارية أبيه تزويجاً صحيحاً، لأنه يخاف العنت، أو لأنه عبد، وإن لم يخف العنت فقال لها: إن مات أبي فأنت طالق، فمات أبوه، فإن لم يكن وارثاً لكونه عبداً، طلقت بموته، لوجود الصفة، وإن كان وارثاً لكونه حراً فلا يخلو أن يكون على أبيه دين يحيط بقيمتها أو لا، فإن لم يكن على أبيه دين يحيط بقيمتها ففي طلاقها وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: لا يطلق، لأنه إذا ورثها انفسخ نكاحها بالملك، وزمان الفسخ وزمان الطلاق سواء، فوقع الفسخ ولم يقع الطلاق كقوله لها: إذا مت فأنت طالق، فمات لم تطلق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفرايـيني أنها تطلق ولا يقع الفسخ بالملك، لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك الذي يتعقبه الفسخ، فصار الطلاق واقعاً في زمان الملك لا في زمان الفسخ فلذلك وقع الطلاق ولم يقع الفسخ.

وإن كان على أبيه دين يحيط بقيمة الجارية، فقد اختلف أصحابنا في التركة إذا أحاط بها الدين، هل تنتقل إلى ملك الورثة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها لا تنتقل إلى ملكهم، وتكون لأرباب الذين دونهم، فعلى هذا تطلق لوجود شرط الطلاق وعدم شرط الفسخ.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس وأكثر أصحابنا: أنها تنتقل إلى ملك الورثة وإن أحاط بها الدين، فعلى هذا يكون طلاقها على ما مضى من الوجهين.

فلو كانت المسألة على حالها، في تزويج الابن جارية الأب، فقال لها الأب: إذا مت فأنت حرة، وقال لها الابن: إذا مات أبي فأنت طالق، فمات الأب نظر، فإن مات وقيمتها تخرج من ثلثه، عتقت على الأب، وطلقت على الابن، لأن عتق الأب لها يمنع من ملك الابن لها، ولذلك وقع العتق والطلاق معاً. وإن كان على الأب دين يحيط بها ويمنع من خروجها من ثلثه، لم تعتق عليه، لأن عتق المريض إذا لم يخرج من الثلث مردود، فطلاقها على الابن معتبر باختلاف أصحابنا، هل يملكها الابن إذا أحاط بها دين الأب فعلى قول أبي سعيد الإصطخري لا يملكها الابن، فعلى هذا تطلق، وعلى قول الجماعة قد ملكها الابن، فعلى هذا في طلاقها عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس: لا تطلق.

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفرايـيني: تطلق.

فصـل: في الشرط والجزاء

إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهو طلاق معلق بشرط لا يقع إلا بوجود، والشرط دخول الدار، والجزاء وقوع الطلاق، فمتى دخلت الدار طلقت، ولا تطلق إن لم تدخل.

فلو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق فظاهره الشرط والجزاء، وإن أسقط فاء الجزاء فلا تطلق إلا بدخول الدار، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فلو قال: أردت به الطلاق في الحال، فقولي: أنت طالق حمل على إرادته، لأنه أضر به، ويحلف في الحال ولم يطلق بدخول الدار.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، احتمل ثلاثة معان:

أحدها: أن يريد بذلك الشرط ويضمر الجزاء في نفسه، فكأنه أراد إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر، أو فحفصة طالق فيحمل على ما أراد، لأن الكلام يحتمله، فلا تطلق هي بدخول الدار، فإن أكذبته الزوجة أحلف لها.

المعنى الثاني: أن يريد الشرط والجزاء، فيكون كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فيكون على ما أراد شرطاً وجزاء وتقوم الواو مقام الفاء، فإذا دخلت الدار طلقت فإن أكذبته الزوجة وذكرت أنه أراد بهما جميعاً الشرط لم يحلف لها، فإن ذكرت أنه أراد الطلاق المعجل أحلف لها.

والمعنى الثالث: أن يريد إيقاع الطلاق في الحال فتطلق، ويكون ذكر الدار صلة لا شرطاً، فإن أكذبته الزوجة لم يحلف لها، فإن قال ذلك ولم يكن له إرادة، كان

الظاهر منه حمله على الشرط والجزاء، لأن الكلام إذا أمكن أن يكون مستقلاً بنفسه، لم يجعل مبتوراً والواو قد تقوم مقام الفاء، لأنها من الحروف التي ينوب بعضها مناب بعض.

ولو قال: وإن دخلت الدار فأنت طالق، احتمل معنيين:

أحدهما: أن يكون عطفاً على كلام تقدم كأنه قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق وإن دخلت الدار فأنت طالق، فيكون شرطاً وجزاء فمتى دخلت الدار طلقت، ولا تطلق قبل دخولها.

والمعنى الثاني: أن يريد به إيقاع الطلاق في الحال، فتطلق ويكون معناه أنت طالق وإن دخلت الدار. ولو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً وبكراً مع خالد، فإن أراد بقوله وبكراً مع خالد استئناف كلام كان شرط الطلاق كلام زيد وعمرو، دون بكر وخالد، فإذا كلمت زيداً وعمراً معاً أو على انفراد طلقت، وإن كلمت أحدهما دون الآخر لم تطلق، وإن أراد بقوله بكراً مع خالد الشرط، صار شرط الطلاق مقيداً بكلام زيد وعمرو، وبكر مع خالد فإن كلمتهم إلا واحداً منهم لم تطلق، لأن الشرط لم يكمل، وإن كلمتهم جميعاً وأفردت كلام بكر عن خالد لم تطلق، لأنه جعل شرط الطلاق اجتماعهم في الكلام وإن جمعت بين بكر وخالد في الكلام وفرقت بين زيد وعمرو في الكلام طلقت، لأنه جعل الجمع بين بكر وخالد شرطاً، ولم يجعل الجمع بين زيد وعمرو شرطاً، وإن قال ذلك: ولا إرادة له حمل ذكر وبكر وخالد على الاستئناف دون الشرط، لأن اختلافهما في حكم الإعراب يخالف بينهما في حكم الشرط، ولو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً أو بكراً فأنت طالق، فإن كلمت أحدهم طلقت احدة، وإن كلمتهم جميعاً قال ابن سريج: تطلق ثلاثاً، لأن كلام كل واحد شرط يتعلق به الجزاء إذا انفرد فوجب أن يتعلق به الجزاء إذا اجتمع.

والذي أراه أنها لا تطلق إلا واحدة، لأن الجزاء واحد علق بأحد ثلاثة شروط فوجب أن لا يتعلق بهما إذا اجتمعت الأجزاء واحدة، ولكن لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق وإن كلمت عمراً فأنت طالق وإن كلمت بكراً فأنت طالق فكلمتهم جميعاً، طلقت ثلاثاً، لأنها ثلاثة شروط علق بكل شرط منها جزاء مفرد، ولو قال وله زوجتان: وإن دخلتما هاتين الدارين، فأنتما طالقتان، فإن دخلت كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين طلقتا، وإن دخلت إحداهما إحدى الدارين ودخلت الأخرى الدار الأخرى ففيه وجهان:

أحدهما: طلقتا، لأن دخول الدارين موجود منهما فصار الشرط بدخولهما موجوداً.

والوجه الثاني: وهو الأصح: لا تطلقا حتى تدخل كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين، لأنه لو أفرد طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين، لم تطلق إلا بدخولهما معاً، فكذلك إذا جمع بينهما لم تطلق كل واحدة منهما إلا بدخول الدارين معاً، وهكذا لو قال: إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة منهما كل واحدة من الدابتين أو قال إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان، فأكلت كل واحدة منهما أحد الرغيفين كان طلاقهما على هذين الوجهين.

فصل آخر: فلو قال لزوجته: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم، فمضى اليوم قبل أن تطلق لم تطلق قاله أبو العباس بن سريج، تعليلاً بأن مضى اليوم شرط في وقوع الطلاق في اليوم فليس يوجد شرط الطلاق، إلا وقد انقضى محل الطلاق فلم يقع.

وقال أبو حامد الإسفرايـيني: يقع الطلاق، لأن شرط الطلاق فواته في اليوم، وإذا بقي من آخره ما يضيق عن لفظ الطلاق فقد وجد الشرط، وذلك الزمان لا يضيق عن وقوع الطلاق، وإن ضاق عن لفظه فوجب أن يقع وهذا فاسد، وقول أبي العباس أولى، لأن وقوع الطلاق إذا لم يكن إلا بلفظ الطلاق وزمان لفظه وزمان وقوعه مثلان، فإذا ضاق عن أحدهما ضاق عن الآخر.

ولكن لو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق اليوم فلم يبعه حتى مضي اليوم، طلقت وصح فيه تعليل أبي حامد، لأن زمان البيع أوسع من زمان الطلاق، لأنه يفتقر إلى بذل البائع وقبول من المشتري، فإذا ضاق عن اللفظين في البيع وجد الشرط، وهو لا يضيق عن الطلاق الذي يقع بأحد اللفظين فلذلك وقع، ولو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق اليوم، فأعتقه طلقت لفوات بيعه بالعتق، وفي زمان طلاقها وجهان:

أحدهما: عقيب عتقه.

والثاني: في آخر اليوم إذا ضاق عن وقت البيع، لو كان بيعه ممكناً ولكن لو دبر عبده لم تطلق إلا بفوات بيعه، لأن بيع المدبر جائز وكذلك لو كاتبه، لأنه قد يجوز أن يفسخ المكاتب كتابته فيجوز بيعه.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال لها: أنت طالق يوم لا أطلقك فإذا مضى يوم لم يطلقها فيه طلقت بالحنث، ولو قال: أنت طالق يوم لا أدخل دار زيد، طلقت إذا مضى عليه وقت يمكنه أن يدخل فيه دار زيد، من ليل أو نهار، ولم يراع فيه مضي اليوم، قال: لأن الناس يريدون بمثل هذا الوقت دون اليوم المقدر، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ﴾ [الأنعام: ١٦]. يريد به الوقت ولا يريد به نهار اليوم، وهذا التعليل إن صح في قوله: لا أدخل دار زيد فأنت طالق، صح في

قوله: يوم لا أطلقك فأنت طالق، وليس الفرق بينهما معنى يصح فإن جعل ذكر اليوم في دخول الدار، عبارة عن الوقت جعل في وقوع الطلاق عبارة عن الوقت، وإن لم يجعل في أحدهما لم يجعل في الآخر، ولكن لو قال: ليلة لا أدخل فيها دار زيد، فأنت طالق لم تطلق إلا بمضي الليلة لا بدخول داره فيها.

والفرق بين الليلة واليوم، أن العرف مستعمل بأن الوقت قد يعبر عنه باليوم ولا يعبر عنه بالليلة، ولو قال: أنت طالق إلى حين أو إلى زمان، طلقت إذا سكت، لأنه حين وزمان ووقت.

فصل: وإذا قال: أنت طالق اليوم غداً فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يريد أنها تطلق اليوم واحدة وهي لاحقة بها في غد، فتطلق في يومه واحدة لا غير وهي لاحقة بها في غد.

والثانية: أن يريد أنها تطلق في يومه واحدة وفي غده أخرى فتطلق اثنتين واحدة في اليوم وأخرى في غد.

والثالث: أن يريد تبعيض الطلاق، الطلقة في اليوم وفي غد، فينظر إن أراد تبعيض طلقتين كأنه أراد بعض طلقة في يومه، وبعض أخرى في غده، طلقت طلقتين في يومه وغده تكميلاً للبعض الواقع فيه. وإن أراد تبعيض طلقة واحدة فتقع اليوم طلقة تكميلاً للطلقة الواقعة فيه فهل يطلق في غده أم لا؟ على وجهين ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: لا تطلق، لأن البعض الذي أوقعه في غده، قد تعجّل في يومه.

والوجه الثاني: تطلق، لأن البعض الذي في يوم يكمل بالشرع، لا بتقديم ما أخره فوجب أن يكون البعض الذي في غده واقعاً بالإرادة تكملاً بالشرع.

والرابعة: أن لا يكون له إرادة فتطلق في يومه واحدة، ولا تطلق في غده حملاً على الحال الأولى، لأنها محتملة والأصل أن لا تطلق، ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فجاء غد لم تطلق في اليوم ولا في غد، لأن وقوع طلاقها في اليوم تقديم للطلاق قبل وجود الشرط، وذلك لا يجوز ووقوعه في الغد إيقاع له في غير محله، وذلك لا يصح، فإن أراد بقوله: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، كقوله: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بيوم.

فصل: وإذا قال: أنت طالق بمكة أو في مكة، فإن أراد كونها بمكة دونه، روعي ذلك وطلقت إن حصلت بمكة، ولم تطلق إن لم تحصل بها، سواء كان الزوج بمكة أو لم يكن، وإن أراد كونه بمكة دونها روعي ذلك، فإذا حصل الزوج بمكة طلقت،

وإن لم يحصل بها لم تطلق سواء كانت بمكة أو لم تكن، وإن لم تكن له إرادة روعي حصولها بمكة دونه، لأنه هو الأظهر من الكلام، فإذا حصلت بمكة طلقت، سواء كان الزوج بها أو لم يكن.

وقال البويطي: تطلق إذا لم تكن له إرادة، وإن لم يكن واحد منهما بمكة، لأن المطلقة بغير مكة تكون مطلقة بمكة، وهذا القول فيه تنفصل فائدة التخصيص. ويعبر بقوله أنت طالق في غد فإنها لا تطلق قبل مجيء غد، وإن كانت المطلقة في اليوم مطلقة في غد.

فصل: وإذا قال: أنت طالق مريضة أو مصلية، نظر فإن قال: مريضة أو مصلية بالنصب كان المرض والصلاة شرطاً في وقوع الطلاق، فلا تطلق قبله، وإن قال: مريضة أو مصلية بالرفع كان جزاء، فتطلق في الحال وإن لم تكن مريضة ولا مصلية، فإن أدغم اللفظ وألغى الإعراب فلم يبين فيه نصب الشرط، ولا رفع الخبر سئل عن مراده، فإن أراد أحد الأمرين حمل عليه، وإن لم تكن له إرادة حمل على الخبر دون الشرط، وكان الطلاق واقعاً، لأن الشرط لا يثبت إلا بالقصد فإن أعرب ولم يكن من أهل الإعراب ولا عرف معنى المعرب، بالنصب ولا بالرفع ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون كالعارف بالإعراب، والقاصد له اعتباراً له بحكم اللفظ.

والثاني: أنه يلغى حكم الإعراب، ويوقع به الطلاق اعتباراً بالقصد في لفظ الطلاق.

فصل: وإذا قال لها: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، وقالت له: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر انحلت يمين الزوج، لأنه قد بدأ بالكلام فبطل أن يكون مبتدئاً لها بالكلام، وكانت يمينها بالعتق باقية، فإن بدأها الزوج بالكلام انحلت يمينها، وإن بدأته بالكلام حنثت بالعتق ولو قال لها: إن كلمتني فأنت طالق، وقالت له: إن كلمتني فعبدي حر، طلقت، لأنها قد كلمته ولم يعتق عبدها أن يكلمها.

فصل: وإذا قال لها: إن أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالق، لا تكلمي أباك ولا أخاك، فكلمتهما لم تطلق، لأنها خالفت نهيه ولم تخالف أمره، ولو قال لها: إن نهيتني عن منفعة أنوي فأنت طالق، وكان لها في يده مال أراد أن يدفعه إليها لينفعهما، فقالت: لا تعطيهما من مالي شيئاً لم تطلق لأنه لا يصح أن ينفعهما بمالها، إذ ليس يجوز لهما الانتفاع به، فلم يكن ذلك نهياً عن منفعتهما.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن ضربت زيداً، فضربه ميتاً لم تطلق لأنه قد سقط حكم ضربه بالموت كما سقط حكم كلامه بالموت، ولو ضربه بعد جنونه أو

إغمائه أو سكره. طلقت سواء أحس بالضرب أو لم يحس، لأن حكم الضرب لا يسقط بالجنون والإغماء والسكر، ولو ضربه على ثوبه فأحس بالضرب من تحت الثواب، طلقت سواء ألمه أو لم يؤلمه، وإن لم يحس به من تحت الثياب لكثرتها وكثافتها لم تطلق، لأنه ضرب حائل دونه فصار كما لو ضرب حائطاً هو من ورائه.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن كنت أملك أكثر من مائة درهم، فهذه اليمين تقتضي نفي الزيادة على المائة، وتقتضي إثبات المائة أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تقتضيه لاختصاصها بنفي الزيادة.

والثاني: تقتضيه لتتميمها للمائة فعلى هذا إن كان مالكاً لمائة درهم لا يزيد عليها ولا ينقص منها بر ولم تطلق، وإن ملك أكثر من مائة درهم ولو بقيراط طلقت، وإن ملك أقل من مائة درهم ولو بقيراط ففي طلاقها وجهان:

أحدهما: تطلق.

والثاني: لا تطلق.

فصل: ولو قال: أي نسائي بشرتني بقدوم زيد فهي طالق فبشرته إحداهن بقدومه فإن كانت صادقة في البشرى طلقت وإن كانت كاذبة لم تطلق، لأن حقيقة البشرى ما تم السرور بها والبشرى الكاذبة لا يتم السرور بها. فلم تكن بشرى، لو بشرته ثانية بعد الأولى، فإن كانت الأولى صادقة طلقت الأولى دون الثانية، وإن كانت الأولى كاذبة والثانية صادقة، طلقت الثانية دون الأولى، ولو بشرتاه معاً في حال واحدة وهما صادقتان طلقتا.

ولو قال: أيتكن أخبرتني بقدوم زيد فهي طالق، فأخبرته إحداهن بقدومه طلقت صادقة كانت أو كاذبة، والفرق بين الخبر والبشرى، أن البشرى ما سرت، وهي لا تسر إلا أن تكون صدقاً، والخبر ذكر الشيء وقد ذكرته وإن لم يكن صدقاً، هكذا ذكر ابن سريج وفيه عندي نظر والتسوية بينهما في اعتبار الصدق أصح، فإن أخبرته ثانية بقدوم زيد طلقت أيضاً وكذلك لو أخبرته جميعاً بقدومه، طلقن كلهن بخلاف البشارة، لأن البشرى تكون بالأسبق والخبر يصح من الجميع.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يقدم عمرو، فإن جعل الغاية في قدوم عمرو حداً للشرط صح، فإن كلمته قبل قدوم عمرو طلقت لوجود الشرط، وإن كلمته بعد قدوم عمرو لم تطلق لخروج الشرط عن حده، وإن جعل الغاية في قدوم عمرو حداً للطلاق لم يصح، لأن وقوع الطلاق يمنع من تحديده إلى غاية. فإذا كلمته قبل قدوم عمرو أو بعده طلقت على الأبد.

فصل: وإذا قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، كان الاستثناء راجعاً إلى قوله أنت طالق ثلاثاً فلا تطلق، ولا يرجع قوله يا زانية، ويكون قاذفاً، لأنه اسم مشتق من فعل لا يصح دخول الاستثناء فيه، ألا ترى أنه يصح أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، ولا يصح أن يقول يا زانية إن شاء الله، وهكذا لو قلب الكلام فقال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله رجع الاستثناء إلى الطلاق، وإن تقدم فلا تطلق، ولا يرجع إلى القذف، وإن تأخر يكون قاذفاً، وقال محمد بن الحسن: يرجع الاستثناء إليهما فلا يكون مطلقاً ولا قاذفاً، لأنه لا يصح رجوعه إلى الأبعد دون الأقرب، وهذا فاسد بما ذكرنا من التعليل، بأن الأسماء المشتقة من الأفعال والصفات لا يصح دخول الاستثناء فيها، فعلى هذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى قوله أنت طالق ثلاثاً، فلم تطلق به، ولم يرجع إلى قوله يا طالق لأنه اسم مشتق من صفة وطلقت به، وعلى قول محمد بن الحسن رجع إليهما فلا تطلق.

فصل: ولو كانت زوجته مع أجنبية، فقال: إحداكما طالق فإن أراد طلاق زوجته طلقت، وإن أراد الأجنبية قبل منه ظاهراً وباطناً، ولم تطلق زوجته، نص عليه الشافعي في الإملاء، ولو كان اسم زوجته زينب وفي البلد جماعة زيانب يشاركنها في الاسم، فقال: زينب طالق وقال: أردت غير زوجتي من الزيانب.

قال ابن سريج: لم يقبل منه، وطلقت عليه زوجته في الظاهر، وكان مديناً في الباطن، والفرق بينهما أن التسمية أقوى حكماً من الكناية فاختص الاسم لقوته بالزوجة دون الأجنبية، ولم تختص الكناية لضعفها بالزوجة دون الأجنبية.

ولو قال وزوجته ابنة زيد ولزيد بنت أخرى، فقال: بنت زيد طالق، وقال: أردت أختها دونها فهذا وإن كان تعريفاً ولم يكن اسماً، فهو بالاسم أشبه منه بالكناية، فلا تقبل منه ويلزمه الطلاق في الظاهر ويدين في الباطن.

فصل: وإذا رأى امرأة فظنها زوجته عمرة فقال لها: أنت طالق، وأشار (بالطلاق إليها، ولم يذكر اسم زوجته في الإشارة) لم يلزمه الطلاق، لأن زوجته لم يسمها، ولا أشار بالطلاق إليها والطلاق لا يقع إلا بالتسمية أو بالإشارة، ولو سمى فقال: يا عمرة وأشار إلى الأجنبية أنت طالق ولم يعلم أنها أجنبية طلقت زوجته عمرة في الظاهر، لأجل التسمية وكان في الباطن مديناً لأجل الإشارة.

فصل: ولو كان له زوجتان حفصة وعمرة، فنادى حفصة فأجابته عمرة، فقال لها: أنت طالق فله في ذلك خمسة أحوال:

أحدها: أن يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة ويريد بالطلاق حفصة

دون عمرة، فتطلق حفصة في الظاهر والباطن، لتسميتها وإرادته وتطلق عمرة في الظاهر دون الباطن لإشارته.

والحال الثانية: أن يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريد عمرة بالطلاق دون حفصة فتطلق عمرة في الظاهر والباطن، لإشارته مع إرادته، وتطلق حفصة في الظاهر دون الباطن لتسميته.

والحال الثالثة: أن لا يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريده بالطلاق حفصة دون عمرة المشار إليه، طلق حفصة ظاهراً وباطناً لتسميتها وإرادته، ولا تطلق عمرة، لأن الإشارة إذا تجردت عن معرفة المشار إليه وعن إرادته، كانت التسمية مع الإرادة أقوى منها وسقط بالتسمية والإرادة حكمها.

والحال الرابعة: أن لا يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة ويريد بالطلاق التي أشار إليها يظنها حفصة، طلقت كل واحدة منهما في الظاهر دون الباطن، أما حفصة فطلقت في الظاهر للتسمية مع ظنه أن المشار إليها وهي حفصة، ولم تطلق في الباطن لإرادته عمرة بالإشارة، وأما عمرة فطلقت بإشارته وإرادته، ولم تطلق في الباطن لندائه حفصة وظنه أنها حفصة.

والحال الخامسة: أن لا ينادي حفصة ويشير بالطلاق إلى عمرة يريدها بالطلاق، ويظنها حفصة، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً، لأنه قد أرسل عن تسمية غيرها فلذلك وقع طلاقها ظاهراً وباطناً ولم تطلق حفصة في الظاهر ولا في الباطن، لأنها غير مسماة ولا مشار إليها، والظن إذا تجرد عن تسمية وإشارة، لم يتعلق به حكم.

فصل: ولو قال وله زوجتان حفصة وعمرة، يا حفصة، إن دخلت الدار فأنت طالق لا بل عمرة، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد لا بل عمرة طالق بدخول حفصة فإذا دخلت حفصة فإذا دخلت حفصة الدار، طلقت حفصة وعمرة، كما لو قال حفصة طالق لا بل عمرة طلقتا معاً.

والحال الثانية: أن يريد لا بل إن دخلت عمرة الدار فهي طالق، فتطلق حفصة وحدها بدخولها الدار وتطلق عمرة أيضاً بدخول الدار.

والحال الثالثة: أن لا تكون له إرادة ففيه وجهان:

أحدهما: أن إطلاق ذلك يقتضي حمله على الحال الأولى فيكون دخول حفصة الدار موقعاً لطلاقها وطلاق عمرة.

والثاني: أن يقتضي حمله على الحال الثانية، فيكون دخول كل واحدة منهما موقعاً لطلاقها ولا تطلق عمرة بدخول حفصة.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق وأراد أن يقول ثلاثاً فأمسك على فمه ومنعه أن يقول ثلاثاً نظر، فإن أراد الثلاث بقوله: أنت طالق فمنع من إظهار الثلاث، طلقت ثلاثاً، لأنه لو أرادها باللفظ وقعت وإن لم يظهرها، وإن لم يرد الثلاث بقوله: أنت طالق، ثم أراد أن يتلفظ بالثلاث فمنع منها طلقت واحدة باللفظ، ولم تطلق ثلاثاً، لأنه منع منها مع إرادة التلفظ بها، فصار كما لو أراد الطلاق فمنع أن يتلفظ به لم يقع،

وهكذا لو قال: أنت طالق وأراد أن يقول ثلاثاً فماتت قبل قوله ثلاثاً، كان على ما ذكرنا من أنه إن أراد الثلاث باللفظ الأول فماتت قبل التصريح به طلقت ثلاثاً، وإن لم يرد الثلاث باللفظ الأول، وأراد أن يصرح بها لم تطلق ثلاثاً.

فصل: ولو قال: أنت طالق ما لم تحبلي أو ما لم تحيضي طلقت إذا لم تحبل في الحال أو تحيض، فإن كانت حبلى أو حائضاً طلقت، لأنه على حبل وحيض مستقبل، فلو لم يعلم حبلها ووضعت ولداً لأقل من ستة أشهر طلقت، لأنه لم يكن لحبل مبتدأ، وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً نظر فإن كان حين خاطبها بذلك غير مباشر لها طلقت، لأنه لم يكن من حبل اقترن بلفظ، لأنه من أحداث مباشرة بعد اللفظ، وإن كان حين خاطبها بذلك مباشراً لها، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: يقع، لأن وقوع الطلاق عموم إلا بشرط مشكوك فيه.

والوجه الثاني: أن الطلاق لا يقع، لأنه معلق بشرط مشكوك فيه.

فصل: ولو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، ثم قال: قد عجلتها أنت طالق تلك الطلقة الساعة، فإن أراد أن تلك الطلقة تتعجل قبل وقتها لم تتعجل ولم تطلق إلا بمجيء الشهر، ولا تطلق في الحال لأن تغيير الشروط بعد عقدها لا يجوز. وإن أراد به تعجيل طلاقها في الحال بدلاً من الطلاق المؤجل بدأ من الشهر طلقت في الحال الطلقة المعجلة ولم تكن بدلاً من الطلقة المؤجلة، فإذا جاء رأس الشهر طلقت بالشرط أخرى، لأن إبطال ما قيد بالشرط لا يجوز، ألا تراه لو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق فأنت طالق، ثم قال: قد أبطلت هذا الشرط لم يبطل وطلقت في كلمته، فلو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: قد أبطلت هذا الشرط لم يبطل وطلقت في كلمته، فلو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: لا بل إذا كلمت عمراً فأنت طالق طلقت بكلام زيد واحدة، وطلقت بكلام عمرو ثانية، لأنه راجع عن الشرط الأول إلى الثاني فلزمه الثاني والأول، ولم يصح رجوعه عن الأول.

فصل: وقد تحمل الأيمان بالطلاق على العرف، كما تحمل عليه الأيمان بالله تعالى.

فإذا حلف الرجل على غريمه بالطلاق ليجرنه على الشوك، فإذا مطله مطلاً بعد مطل بر في يمينه اعتباراً بالعرف، ولو حلف على زوجته بالطلاق ليضربنها حتى تموت فضربها ضرباً مؤلماً وجيعاً بر في يمينه اعتباراً بالعرف، إذا أطلق اليمين ولم يرد حقيقة اللفظ، فإن أراده حمل عليه وهكذا نظير ذلك وأشباهه.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق إن كلمتك، وأنت طالق إن دخلت الدار، طلقت باليمين الأولى، لأنه قد صار مكلماً لها باليمين الثانية، وسواء جاء باليمين الثانية متصلة باليمين الأولى أو منفصلة عنها، لأنها ليست منها، وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن كلمتك، ثم أعادها وقال: أنت طالق إن كلمتك طلقت لأنه قد صار مُكَلِماً لها بإعادتها. ولكن لو قال لها: أنت طالق إن كلمتك فاعلمي ذلك، فإن قال: فاعلمي ذلك منفصلاً عن يمينه حنث، لأنه قد صار مكلماً لها، وإن قاله متصلاً ففي حنثه به وجهان:

أحدهما: يحنث، لأنه كلام لها بعد يمينه.

والوجه الثاني: لا يحنث، لأنه من حالات يمينه.

فصل: وإن قال لها وهو يأكل ما يأتي عليه الإحصاء والعدد مثل النبق والرطب، وما يلقى نواه في نهر أو نار، أنت طالق إن لم تخبريني بعدد ما أكلت، فمخرجه من الحنث أن تبتدىء بالعدد الذي يتحقق أنه لم يأكل أقل منه وتنتهي إلى العدد الذي تعلم أنه لم يأكل أكثر منه، فيبر حينئذٍ في يمينه، لأنها قد اجتهدت في جملة الأعداد التي ذكرتها بعدد ما أكله وإن لم يتعين لها.

مثاله: أن يعلم أنه لم يأكل أقل من عشرة، ولم يزد ما أكله على المائة، فتبتدىء بالعشرة وتنتهي إلى المائة، فيتعين أن عدد المأكول فيها بين الطرفين.

ولو قال لها وقد أكلت معه رطباً أو نبقاً، واختلط نوى ما أكلاه: أنت طالق إن لم تميزي نوى ما أكلته من نوى ما أكلتيه فمخرجه من يمينه أن يفرق بين كل نواة وبين الأخرى لتكون بعيدة منها فيبر ولا يحنث.

فصل: وإذا كان في وسط درجة فصعد إليه رجل، فحلف بالطلاق أن لا يصعد معه، ونزل إليه آخر فحلف بالطلاق أن لا ينزل معه فصعد مع الذي حلف أن لا ينزل معه ونزل مع الذي حلف أن لا يصعد معه لم يحنث.

ولو حلف وهو في وسط درجة أن لا يصعد منها، وأن لا ينزل عنها ولا يقعد عليها فحمله حامل فصعد به أو نزل به لم يحنث.

فصل: وإذا اتهم زوجته بسرقة، وقال لها: أنت طالق إن لم تصدقيني هل سرقت أم لا؟ فمخرجه يقيناً من يمينه أن تقول له سرقت، وتقول له ما سرقت فيتقين أنها قد صدقته في أحد القولين فيبر ولا يحنث.

فصل: وإذا كان واقفاً في الماء فحلف بالطلاق أن لا يقيم فيه ولا يخرج منه، فإن كان الماء جارياً لم يحنث بمقامه ولا بخروجه منه، لأن الماء الذي كان فيه بجريانه قد مضى فسقط حكمه، وإن كان راكداً فأقام فيه (أو خرج منه حنث، ولو انتقل من موضع منه) إلى موضع آخر حنث، لأن جميعه ماء واحد وليس كالجاري.

فصل: وإذا حلف بالله تعالى أو بالطلاق على شيء يحتمل أمرين، تعين أحدهما بالنية فإن لم يختلف في حظره وإباحته، فالنية فيه نية الحالف دون المستحلف، وإن اختلف في حظره وإباحته، فإن النية فيه نية الحالف كان الحالف مظلوماً والمستحلف ظالماً، كالحالف إذا كان شافعياً فحلف أن لا شفعة عليه للجار أو كان حنفياً فحلف أن لا ثمن عليه للمدبر، فالنية في اليمين نية الحالف دون الحاكم المستحلف وإن كان الحالف ظالماً كالشافعي إذا حلف لا ثمن عليه للمدبر، والحنفي إذا حلف أن لا شفعه عليه للجار كانت النية نية الحاكم المستحلف دون الحالف فكأنها لا تكون على نية المستحلف إلا في هذا الموضع وحده، فأما إذا تفرد الحالف باليمين فهي محمولة على نيته إذا كان ما نواه فيها محتملاً.

وإن حلف على شيء ماض أنه ما فعله، وقد فعله، ونوى في يمينه أنه ما فعله بالصين أو على ظهر الكعبة أو حلف على شيء مستقبل أنه يفعله، ولم يفعله، ونوى في يمينه أنه يفعله في الصين أو على ظهر الكعبة حمل على نيته ولم يحنث، ولو حلف فقال: كل نسائي طوالق ونوى نساء قرابته لم تطلق نساؤه، وإذا قال لزوجته: إن تزوجت عليك فأنت طالق، ونوى أن يتزوج على بطنها، حمل على ما نوى ولم يحنث إن تزوج عليها غيرها، ولو قيل له: طلقت زوجتك فقال: نعم وأراد نعم بني فلان كان على ما نوى في الباطن، وإن كان مؤاخذاً بإقراره في الظاهر، وإذا حلف ما كاتبت فلاناً أو لا كلمته ولا رأيته ولا عرفته ولا أعلمته ونوى بالمكاتبة عقد الكاتبة وبقوله: ما رأيته أي ما ضربت رؤيته وبقوله ما كلمته أي ما صرخته وبقوله: ما عرفته أي ما جعلته عريفاً، وبقوله ما أعلمته أي ما قطعت شفته العليا، حمل ذلك على ما نوى وهكذا لو حلف فقال: ما أخوف لك جملاً ولا بقرة ولا ثوراً ولا عنزاً ونوى بالجمل السحاب، وبالبقرة العيال، وبالثور القطعة من الأقط، وبالعنز الأكمة السوداء، حمل على ما نوى ولم يحنث، وهكذا لو قال: ما شربت لك ماء ونوى المنى حمل عليه، وصح ما نواه، وكذلك جميع الأشباه المشتركة فيجوز له أن يؤدي عن الظاهر، ولا يحرم عليه ذلك إذا

لـم يقصد به التوصل إلى محظور.

قال الله تعالى فى قصة إبراهيم: ﴿أَأَنْتَ فَعَلْتَ هَذَا بِآلِهَتِنَا يَا إِبْرَاهِيمُ قَالَ بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ﴾ [الأنبياء: ٦٢، ٦٣].

قيل: إنه نوى إن كانوا ينطقون، فقد فعله كبيرهم هذا.

وروي أن سويد بن حنظلة أخبـر رسول الله ﷺ: أنه حلف بالله أن وائل بن حجر أخوه ليخلصه من العدو، فقال له النبيّ ﷺ «صَدَقْتَ الْمُسْلمُ أَخُو الْمُسْلِمِ» وبالله التوفيق.

مُخْتَصَرٌ مِنَ الرَّجْعَةِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كُتَابِ الرَّجْعَةِ مِنَ الطَّلَاقِ وَمِنْ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ وَمِنْ كِتَابِ الْعِدَدِ وَمِنَ الْقَدِيمِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي المُطَلَّقَاتِ ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ فَدَلَّ سِيَاقُ الْكَلَامِ عَلَى افْتِرَاقِ الْبُلُوغَيْنِ فَأَحَدُهُمَا مُقَارَبَةُ بُلُوغِ الأَجَلِ فَلَهُ إِمْسَاكُهَا أَوْ تَرْكُهَا فَتُسَرَّحُ بِالطَّلَاقِ الْمُتَقَدِّمِ وَالْعَرَبُ تَقُولُ إِذَا قَارَبْتَ الْبَلَدَ تُرِيدُهُ قَدْ بَلَغْتُ كَمَا تَقُولُ إِذَا بَلَغْتُهُ وَالْبُلُوغُ الآخَرُ انْقِضَاءُ الأَجَلِ».

قال الماوردي: والأَصْلُ في إِبَاحَةِ الرَّجْعَةِ بَعْدَ الطَّلَاقِ قول الله تَعَالى: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩]. وسبب نُزُولها ما رواه هشام بن عروة عن أبيه قال: كَانَ الرَّجلُ يُطَلِّقَ ما شاء ثم يراجع امرأته قبيل أن تنقضي عدتها، فغضب رجلٌ من الأنصار على امرأته، فقال لها: لا أقربك ولا تختلين مني، قالت له كيف؟ قال: أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك، قال: فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى: **﴿الطَّلاق مرتان﴾** الآية، فجعل الله تعالى الطلاق مقدراً بالثلاث.

روى إسماعيل بن سميع عن أبي رزين قال: جاء رجل إلى النبيّ ﷺ فقال: الطلاق مرتان فأين الثلاثة؟ قال: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

فجعل الله تعالى الطلاق الذي يملك فيه الرجعة مرتين بقوله: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩]. يعني الرجعة قبل انقضاء العدة.

«أو تسريح بإحسان» فيه تأويلان:

أحدهما: أنها الطلقة الثانية، وهو قول عطاء ومجاهد.

والثاني: أنه الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها وهو قول السدي والضحاك.

«والإحسان». هو تأدية حقها وكف أذاها.

وقال تعالى: **﴿فإذا طلقتم النساء فبلغْنَ أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾** [البقرة: ٢٣١]. يعني ببلوغ الأجل مقاربته كما يقول العرب: بلغت بلد

كذا، إذا قاربته، ومعنى قوله:﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ فهو المراجعة في الأولى والثانية قبل انقضاء العدة، أو يسرحهُنَّ بمعروف هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. يعني برجعتهن في ذلك، يعني في الطلاق إذا كان دون الثلاث،﴿إن أرادوا إصلاحاً﴾ يعني إن أراد البعولة إصلاحاً، ما تشعث من النكاح بالطلاق بما جُعِلَ لهم من الرجعة في العدة.

وحكي عن عطاء بن أبي رَبَاح أَنَّه أرادَ الصَّلاح في الدِّين والتَّقْوَى، وأَنَّ الرَّجعة لا تَصِحّ إلا لمن أراد بها صلاح دينه وتقوى ربه، وهو قول تفرد به عن الجماعة، فدلّت الآية الأولى على إباحة الرجعة بعد الثانية، وإبطالها بعد الثالثة، ودلّت الآية الثانية على إباحة الرجعة في العدة وإبطالها بعد العدة.

ودلّت الآية الثالثة على أن الرجعة رافعة لتحريم الطلاق. فكان في كل واحدة من الآي الثلاث دليل على حكم لم يكن في غيرها وقال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. إلى قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ [الطلاق: ١]. يعني رجعة فدلّت هذه الآية على إباحة الرجعة واختيار الطلاق الرجعي احترازاً من الندم في الثلاث وإن وقوعه في أقراء العدة أفضل. ويدل على إباحة الرجعة من السنّة ما رواه أبو عمران الجوني عن قيس بن زيد أن رسول الله ﷺ طلق حفصة بنت عمر تطليقة فأتاها خالاها قدامة وعثمان بن مظعون فبكت وقالت: أما والله ما طلقني عن شبع فجاء النبيّ ﷺ فدخل عليها فتجلببت. فقال: «إن جبريل عليه السلام أتاني فقال لي راجع حفصة، فإنها صوامة قوامة، وإنها زوجتك في الجنة».

وروى إسحاق بن يوسف عن أبي حنيفة عن الهيثم بن عدي أن النبيّ ﷺ قال لسودة:«اعتدي»فجعلها تطليقة فجلست في طريقه فقالت: إني أسألك بالله لما رجعتني واجعل نصيبي منك لك تجعله لأي أزواجك شئت، إنما أريد أن أحشر وأزواجك يوم القيامة فراجعها.

وروي أن ابن عمر طلق امرأته حائضاً فقال النبيّ ﷺ لعمر «مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق بعد، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء».

وروي أن ركانة بن عبديزيد طلق زوجته أَلبتَّة فأحلفه النبيّ ﷺ أنه أراد واحدة ثم ردها عليه بالرجعة.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من جواز الرجعة بعد الطلاق فإن استباحة البضع بعد تحريمه بالطلاق بغير عقد نكاح على ما سنصفه من حلالها وجوازها معاً معتبر بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون الطلاق دون الثلاث، فإن كان ثلاثاً حَرُمتْ عليه حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء جمع بين الثلاث أو فرقها قبل الدخول كانت أو بعده. قال الله تعالى: **﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾** [البقرة ٢٣٠].

والشرط الثاني: أن يكون الطلاق بعد الدخول فإن كان قبله فلا رجعة، لأنه لا عدة على غير المدخول بها، والرجعة تملك في العدة.

قال الله تعالى: **﴿..ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾** [الأحزاب: ٤٩]..

والشرط الثالث: أن يكون الطلاق بغير عوض، فإن كان خلعاً بعوض، فلا رجعة فيه لما ذكرناه في كتاب الخلع.

والشرط الرابع: أن تكون باقية في عدتها، فإن انقضت العدة فلا رجعة.

قال الله تعالى: **﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾** [الطلاق: ٢]. والمراد به مقاربة الأجل، لأن حقيقة الأجل، وإن كان لانقضاء المدة كما قال: **﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾** [البقرة: ٢٣٢]. يريد به انقضاء عدتهن فقد يجوز أن يراد به مجازاً أن يقارب انقضاء العدة كالذي قاله هاهنا، وهو معنى قول الشافعي، فدلّ سياق الكلامين على افتراق البلوغين.

فإن قيل: فلم خص الرجعة بمقاربة الأجل وعند انقضاء العدة، وهي تجوز في أول العدة، كما تجوز في آخرها. وهي في أولها أولى.

قيل عنه جوابان:

أحدهما: التنبيه على أنها إذا جازت في آخر العدة كانت بالجواز في أولها أولى.

والثاني: ليدلّ على صحة الرجعة في حال الإضرار بها، وهو أن تنتظر بها آخر العدة، ثم يراجعها ثم يطلقها بعد الرجعة فلا تكون هذه الرجعة من الإمساك بالمعروف، وقد قال تعالى: **﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا﴾** [البقرة: ٢٣١]. ثم قد صحت الرجعة في هذه الحال مع قصد الإضرار فكان صحتها بالمعروف إذا لم يقصد الإضرار أولى فإذا صحت بهذه الشروط الأربعة فهي جائزة وليست بواجبة، وأوجبها ملكاً في طلاق البدعة وقد مضى الكلام معه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلِلْعَبْدِ مِنَ الرُّجْعَةِ بَعْدَ الْوَاحِدَةِ مَا لِلْحُرِّ بَعْدَ الثِّنْتَيْنِ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن الزوج يملك الرجعة ما لم يستوفِ عدد الطلاق الذي قد ملكه بعقد النكاح والحر يملك ثلاث تطليقات فيراجع بعد الأولى والثانية، ولا يراجع بعد الثالثة، والعبد يملك طلقتين فيراجع بعد الأولى ولا يراجع بعد الثانية، لأن العبد يستوفي بالثانية عدد طلاقه كما يستوفيه الحر بعد الثالثة وإذا افترقا حكم الحر والعبد فيما وصفنا من عدد الطلاق واستحقاق الرجعة فيه فهو معتبر بحاله لا بحال الزوجة فيتملك الحر ثلاثاً سواء كان تحته حرة أو أمة ويملك العبد طلقتين سواء كان تحته حرة أو أمة فيكون اعتباره بالرجال دون النساء وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وعائشة وعبدالله بن عمرو وعبدالله بن عباس، ومالك بن أنس.

وقال أبو حنيفة وصاحباه والثوري: الطلاق معتبر بالنساء دون الرجال، فالحرة تملك زوجها ثلاث تطليقات حراً كان أو عبداً، والأمة تملك زوجها طلقتين حراً كان زوجها أو عبداً، وحكوه عن عليّ بن أبي طالب عليه السلام استدلالاً بقوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. والمراد به الحرة لقوله: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَنْ يَخافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ عَلَيْهِمَا مِمَّا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وذلك في الحرة لأنها هي التي تفتدي نفسها بما شاءت، وقد جعل طلاقها ثلاثة ولم تفرق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً فكان على عمومه فيهما وبرواية ابن جريج عن مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان» فجعل طلاقها معتبراً بها كالعدة.

ولأنه عدد محصور متعلق بالنكاح فوجب أن يكون معتبراً للنساء كالعدة لأنه عددٌ محصورٌ يختلف بالحرية والرق فوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبراً بالموقع عليه كالحدود.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. والمُرَادُ بِهِ الحر لقوله من بعد: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَنْ يَخافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وذلك خطاب للحر ولم يفرق بين أن تكونَ تحته حرة أو أمة قد خالعت بإذن سيدها، فكان على عمومه منهما.

ويدل عليه من المعنى وهو علة أبي حامد أنه ذو عدد محصور للزوج إزالة ملكه عنه بعوض فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه بالزوج.

أصله عدد المنكوحات فإن الحر ينكح أربعاً والعبد اثنتين.

وقوله: ذو عدد محصور احترازاً من القسم فإنه يعتبر بالزوجة دون الزوج، لأنه غير محظور.

وقوله للزوج إزالة ملكه بغير عوض احترازاً من حد القذف فإنه معتبر بالمقذوفة وتحرير هذه العلة بأصح من هذه العبارة أن ما ملكه الزوج بنكاحه إذا اختلف عدده بعد حصره كان معتبراً بالزوج دون الزوجة، أصله عدد المنكوحات وعلة أخرى أنه نقص يؤثر في منع الطلاق فوجب أن يكون معتبراً بالزوج كالجنون والصغر وعلة ثالثة أن ما اختص بأحد الزوجين إذا اختلف بالحرية والرق كان معتبراً بمن يباشره كالعدة.

وأما الجواب عن الآية فهو ما قدمناه من الاستدلال بها.

وأما الجواب عن الخبر فهو محمول على الزوج إذا كان عبداً؛ لأنه هو زوجها على الإطلاق والحر إنما ينكحها لضرورة وشرط.

وأما الجواب عن قياسهم على العدة فهو ما جعلناها به أصلاً في وجوب اختصاصها بالمباشر لها.

وأما الجواب عن قياسهم على الحدود فهو أنها تجب عقوبة فاختصت بالفاعل لسببها، والطلاق ملك فاعتبر به حال مالكه كسائر الأملاك.

فصل: فإذا تقرر أن عدد الطلاق معتبر بالزوج دون الزوجة، فإن الحر يملك ثلاث طلقات في الحرة والأمة، وأن العبد يملك طلقتين في الحرة والأمة، فالحر يملك رجعتين، لأنه يملكها بعد طلقتين، والعبد يملك رجعة واحدة، لأنه يملكها بعد طلقة واحدة، وله أن يراجع بغير إذن السيد، وإن لم يكن له أن ينكح إلاَّ بإذن السيد، لأنها إصلاح ثان في العقد ورفع تحريم طرأ عليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالْقَوْلُ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ قَوْلُهَا».

قال الماوردي: وإنما كان كذلك لأن الله تعالى جعلهن في ذلك أمناء وحظر عليهن كتمه، وقرنه بوعيده قال تعالى: **﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾** [البقرة: ٢٢٨]. قيل: من الحيض والحمل، فدلّ على قبول قولهن فيه كما قال في الشهادة: **﴿ومن يكتمها فإنه إثم عليه﴾** [البقرة: ٢٨٣]. فدلّ على أن قول الشهود مقبول، وكما قال النبيّ ﷺ في المفتى: «من كتم علماً يحسنه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار».

فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال المعتدة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تعتد بالأقراء.

والثاني: بوضع الحمل.

والثالث: بالشهود.

فإن اعتدت بالأقراء فأقل ما يمكن فيه انقضاء عدتها بثلاثة أقراء، اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، وذلك بأن تطلق في آخر طهرها وقد بقي منه لحظة، فتكون تلك اللحظة قرءاً معتبراً به. ثم تحيض أقل الحيض يوم وليلة ثم تطهر أقل الطهر خمسة عشر يوماً وقد حصل لها به قرء ثالث، فإذا طعنت في أول الحيضة الثالثة بدخول لحظة منها، فقد انقضت عدتها، فإذا جمع بين الطهرين وهما ثلاثون يوماً وبين الحيضتين وهما يومان وثلثان وبين اللحظتين الأولى والثانية، صار جميع ذلك اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين غير أن اللحظة الأولى من جملة العدة واللحظة الأخيرة ليست من جملة العدة وإنما يعلم بها انقضاء العدة فصارت واجبة في العدة وإن لم تكن منها، فهذا أقل زمان يمكن أن تنقضي فيه ثلاثة أقراء.

وقال أبو حنيفة: لا يقبل منها أقل من ستين يوماً اعتباراً بأكمل الحيض، وهو عنده عشرة وأقل الظهر وهو خمسة عشر يوماً، وأن الأقراء عنده الحيض فتمضي عشرة أيام حيضاً ثم خمسون يوماً حيضتان وطهران.

وقال زفر بن الهذيل: أقله أربعة وسبعون يوماً، لأنه اعتبر في أوله طهراً كاملاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقبل قولها في سبعة وثلاثين يوماً اعتباراً بأقل الحيض، وهو عندهم ثلاثة أيام وبأقل الطهر، وهو خمسة عشر يوماً، وهذا الخلاف مبني على أصلين مضى الكلام في أحدهما ويأتي الكلام في الآخر.

وإذا كان كذلك لم يخلو حالها إذا ادّعت انقضاء عدتها بالأقراء من أن تذكر عادتها في الحيض والطهر أو لا تذكر فإن ذكرت عادتها فيهما، وأن حيضها عشرة أيام، وطهرها عشرين يوماً سُئِلَتْ عن طلاقها هل هو صادف حيضها أو طهرها فإن ذكرت مصادفته لأحدهما، سُئِلَتْ عنه هل كان في أوله أو آخره، فإذا ذكرت أحدهما عمل عليه، وتظهر ما يوجبه حساب العادتين في ثلاثة أقراء ما ذكر له من حيض في أوله وآخره أو طهر في أوله أو آخره، فإن وافق ما ذكرته من انقضاء العدة بما أوجبه الحساب من عادتي الحيض والطهر كان ما ذكرته مقبولاً بغير يمين إلا أن يكذبها الزوج في قدر عادتها في الحيض والطهر فتدعي أكثر مما ذكرته فيهما أو في أحدهما فيكون له إحلافها، لأن قولها وإن كان مقبولاً فيهما فلسنا على قطع بصحته، وما قاله الزوج من الزيادة فيهما ممكنة، فذلك كان له إحلافها، وإن لم يوافق ما ذكرته من انقضاء العدة ما أوجبه حساب العادتين، لم يقبل قولها في انقضاء العدة، لأن إقرارها بالعادة قد أكذب دعواها في انقضاء العدة، وإن لم تذكر عادتها في الحيض والطهر سئلت عن طلاقها

هل كان في الحيض أو الطهر، فإن قالت كان في الطهر انقضت عدتها من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، إن كانت حرة على ما بيناه، وإن كانت أمة انقضت عدتها بستة عشر يوماً ولحظتين. لأن عدتها قرءان، فكأنها طلقت في آخر طهرها وقد بقي منه لحظة فتكون باقية قرءاً ثالثاً فإذا دخلت في أول جزء من حيضها انقضت عدتها إلا أن هذه اللحظة الأخيرة ليست من العدة، وإنما يعلم بها انقضاء العدة، وإن قالت وهي حرة كان طلاقي في الحيض فأقل ما ينقضي به عدتها حرة سبعة وأربعون يوماً ولحظتان كأنها طلقت في آخر حيضتها ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم حاضت يوماً وليلة ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم دخلت في أول جزء من حيضها فيكون يومان بحيضتين وخمسة وأربعون يوماً لثلاثة أطهار ولحظتان أوله هي من العدة وآخره ليست من العدة وإن كانت أمة فاثنان وثلاثون يوماً ولحظتان وذلك حيضتان وطهران وإن لم تذكر الحرة طلاقها هل كان في الحيض أو في الطهر جعل أمرها على أقل الحالين، وهو أن يكون في الطهر فتنقضي باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وللزوج إحلافها إن أكذبها ولا رجعة له إن حلفت فإن تكلمت ردت اليمين عليه وراجعها، وهذا القول مقبول منها إذا كانت ممن يجوز أن تحيض وتطهر بكونها فوق التسع سنين ودون حد الإياس.

فإن كانت صغيرة أو ميؤسة لم يقبل قولها في ذلك.

فصل: وإن ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل بعد طلاقها قُبِلَ قولها بشرطين:

أحدهما: أن تكون ممن يجوز أن تلد وذلك بأن تتجاوز التسع سنين بمدة الحمل وتقصر عن زمان الإياس.

والثاني: أن يمضي عليها بعد العقد مدة أقل الحمل وذلك يختلف بحال ما وضعت فإن كان سقطاً مصوراً لم يُسْتَكْمَل فأقل مدته أن تتجاوز ثمانين يوماً لقول النبيّ ﷺ: «يكون خلق أحدكم في بطن أمه نطفة أربعين يوماً ثم علقة أربعين يوماً ثم مضغة أربعين يوماً» ثم هو بانتقاله إلى المضغة يتصور خلقه، وتنقضي به العدة، ويصير به الأمة أم ولد، وإن وضعته حياً كاملاً فأقل مدته ستة أشهر فيكون قولها مقبولاً في ولادته في انقضاء العدة، وغير مقبول في لحوقه بالزوج إلاَّ بتصديق أو بينة فإن أكذبها الزوج في ولادته، وقال استعرتيه أو اشتريتيه أو التقطيه وقالت بل ولدته انقضت به العدة بعد إحلافها عليه، لأن قولها مقبول في العدة، ولم يلحق بالزوج إلا ببينة؛ لأن قولها غير مقبول في لحوقه، فإن كانت أمة فادعت ولادته من سيدها لم يقبل قولها في كونها أم ولد ولا في لحوقه بالسيد إلا ببينة تشهد لها والفرق بين ادعاء ولادته في انقضاء العدة فيقبل وبين ادعاء ولادته في كونها أم ولد فلا يقبل أن في كونها أم ولد اثباتاً للحكم بالحرية، ورفع الملك مستقر، وليس كذلك العدة.

والفرق بين أن يقبل قولها في العدة، ولا يقبل قولها في ثبوت النسب، أنها مؤتمنه في العدة، وغير مؤتمنه في لحوق النسب، فلو عَلَّق طلاقها بولادتها فذكرت أنها ولدت، ففي قبول قولها في وقوع طلاقها به وجهان:

أحدهما: يقبل كما يقبل في حيضها.

والثاني: لا يقبل؛ لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ولا يمكنها إقامة البينة على الحيض، فصار قولها في الولادة مقبولاً في انقضاء العدة وغير مقبول في لحوق النسب، وفي كونها أم ولد، وفي قبوله في وقوع طلاقها به وجهان.

فصل: وإذا كانت من ذوات الشهور لصغر أو إياس فعدتها ثلاثة أشهر إن كانت حرة فإن اتفقا في وقت الطلاق فلا نزاع بينهما في انقضاء العدة، وإن اختلفا فيه فادّعت الزوجة أنه طلقها في أول رمضان وادعى الزوج أنه طلقها في أول شوال، فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الطلاق بيده ولأنه على يقين من حدوثه وله الرجعة عليها إذا حلف إلى انقضاء ثلاثة أشهر من شوال، وإن كانت متوفى عنها زوجها فاختلفت والورثة في وقت الوفاة كان القول فيها قَوْل الورثة مع أيمانهم؛ لأنها وقوع فرقة كالطلاق، والورثة يقومون فيها مقام الموروث.

فَلَوه اُدّعَتْ الزوجة تأخيرالطلاق في شوال، وادعى الزوج تقديمه في رمضان فقد ادعت ما هو أضرّ بها في تطويل العدة عَلَيْهَا فيقبل قولها في بقاء العدة، وفي قبول قولها في استحقاق النفقة وجهان، ولا رجعة للزوج في المرة التي اختلفا فيها من العدة لأنه أسقط حقه منها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمَ المَبْتُوتَةِ حَتَّى تُرَاجَعَ وَطَلَّقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَكَانَتْ طَرِيقُهُ إِلَى المَسْجِدِ عَلَى مَسْكَنِهَا فَكَانَ يَسْلُكُ الطَّرِيقَ الأُخْرَى كَرَاهِيَةَ أَنْ يَسْتَأْذِنَ عَلَيْهَا حَتَّى رَاجَعَهَا وَقَالَ عَطَاءٌ لاَ يَحِلُّ لَهُ مِنْها شَيْءٌ أَرَادَ ارْتِجَاعَهَا أَوْ لَمْ يَرِدْهُ مَا لَمْ يُرَاجِعْهَا وَقَالَ عَطَاءٌ وَعَبْدُ الكَرِيم لاَ يَرَاهَا فَضْلاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال: المطلقة طلاقاً رَجعياً، وهو أن يطلقها واحدة، أو اثنتين بغير عوض، وهو مدخول بها محرمة عليه قبل الرجعة تحريم المبتوتة في الوطء والاستمتاع والنظر وبه قال ابن عباس وعبد الله بن عمر وهو مذهب مالك وعطاء وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يحل له وطئها والاستمتاع بها كالزوجة بل جعل وطأه لها رجعة.

والكلام في الرجعة بالوطء يأتي وهو مقصور في هذا الموضع على التحريم، واستدل بقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ أَنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] فسماه بعلاً دلالة على بقاء الزوجية بينهما وإباحة الاستمتاع، والتبعل.

قال: ولأنه طلاق لا يقع به البينونة، فوجب ألا يقع به التحريم كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق.

قال: وهذا القول أغلظ؛ لأنه ليس له إبطاله، وله إبطال الطلاق الرجعي.

قال: ولأنها مدة مضروبة للترخص لا تمنع من اللعان فوجب ألا تقتضي التحريم كمدة العنة والإيلاء.

قال: ولأنه لفظ يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يزل به الملك لم يقع به التحريم كالبيع بشرط الخيار، ولأن الطلاق الرجعي لو اقتضى التحريم في العدة لم يصح أن يراجع إلاَّ بعقد مراضاة كالمتقضية العدة، ولأنها لو حرمت عليه بالطلاق الرجعي لم يوطئها، ولما توارثا بالموت ولما وقع عليها طلاقه، ولما صح منها ظهاره كالمبتوتة وفي ثبوت ذلك كله دليل على جواز استباحتها كالزوجة ودليلنا قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾: [الطلاق: ٢] فدلَّ على خروجها بالطلاق حتى يردها بالرجعة، ثم قال ﴿إذا أرادوا إصلاحاً﴾[البقرة: ٢٢٨].

قال الشافعي: إصلاح الطلاق بالرجعة، فدل على ثبوت الفساد قبل الرجعة وليس في تسميته بَعْلاً دليل على رفع التحريم كالمحرمة والحائض، وقول النبي ﷺ لعمر «مره فليراجعها ثم ليُمْسِكْهَا» فدل على أنه قبل الرجعة لا يجوز أن يمسكها ولذلك كان ابن عمر لا يمر على مسكنها قبل الرجعة حتى راجع، ولأنها معتبرة فوجب أن تكون محرمة كالبائن.

ولأنه طلاق يمنع من السفر بها، فوجب أن يمنع من الاستمتاع بها كالمختلعة.

ولأن كل معنى أوقع الفرقة أوقع التحريم كالفسخ.

ولأن حكم الطلاق مُضَاد لحكم النكاح فلما كان كل نِكَاحٍ إذا صَحَّ أوجب الإباحة وجب أن يكون كل طلاق إذا وقع أوجب التحريم.

فأما الآية فقد جعلناها دليلاً.

وأما الجواب عن قياسه على قوله إن دخلت الدار فأنت طالق فهو أنَّ الطلاق لم يقع عليها فلم تحرم عليه، ألا تراه لو طلقها بدخول الدار ثلاثاً لم تحرم عليه قبل دخولها؛ لعدم وقوعها وهذه قد وقع الطلاق عليها فثبت تحريمها كالبائن بثلاثٍ أو دونها.

وأما قياسهم على مدة الإيلاء والعنة فالمعنى فيها أنَّها مدة لم تقع بها الفرقة ومدة العدة قد وقعت بها الفرقة.

وأما قياسهم على البيع في مدة الخيار.

فالجواب عنه أنَّ الملك لم ينتقل إلاَّ بانقضائه على أصح أقاويله ولأن فسخ البيع قد رفعه، والرجعة لا ترفع الطلاق وإنَّما ترفع حكمه، ولا حكم له إلا التحريم، فدل على ثبوته.

وأما استدلالهم أن ما تفرد باستصلاح ولم يفتقر إلى عقد مراضاةٍ لم يوجب التحريم فباطل بالزوجين الحرين إذا أسلم أحدهما كان التحريم واقعاً، وإن ارتفع بإسلام المتأخر منهما.

وأما استدلالهم بأن ما أوجب التحريم منع الإرث، وأوجب الحد فباطل بالحيض والإحرام والظهار.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ نِكَاحٌ وَلاَ طَلاَقٌ إِلاَّ بِكَلاَمٍ فَلاَ تَكُونُ الرُّجْعَةُ إِلاَّ بِكَلاَمٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: ولا تصح الرجعة إلا بكلام من الناطق وبالإشارة من الأخرس، ولا تصح بالفعل من الوطء والاستمتاع.

وقال أبو حنيفة تصح الرجعة بالقول وبالفعل كالوطء والقبلة حتى لو نظر إليها بشهوة صحت الرجعة.

وقال مالك: إن نوى بالوطء الرجعة صحت، وإن لم ينو لم تصح استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] والرد يكون بالفعل كما يكون بالقَوْلِ كرد الوديعة، ولأنَّها مدة مضروبة للفرقة فصح رفعها بالفعل كالإيلاء والعنة.

ولأنها مدة تفضي إلى زوال الملك فصح رفعها بالقول والفعل كمدة الخيار في البيع.

ولأن تأثير الوطء أبلغ في الإباحة من القول كالمطلقة ثلاثاً لا تُسْتَبَاحُ إلا بوطء زَوْجٍ، فلما استبيحت المرتجعة بالقول فأولى أن يستباح بالفعل.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فكان في الآية دليلان:

أحدهما: قوله﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ فَدَلّ على أن إباحة الامتلاك يكون بعد الإمساك .

والثاني: أمره بالاشهاد في الرجعة، إما واجب على القديم، أو ندباً على الجديد فدل على أنَّها على وجه تصح فيه الشهادة، والوطء مما لم تجز بالاشهاد عليه عادة، وقول النبي ﷺ: «فليراجعها ثم ليمسكها» فدلَّ على وجوب الرجعة قبل إمساكها، وإلاَّ يكون إمساكها رجعةً ولأنه رفع لحكم طلاقه فلم يتم إلا بالقول مع القدرة عليه كالبائن، ولأنها حادثة في فرقة فلا يصح إمساكها بالوطء كالزوجين الحربين إذا أسلم أحدهما ولأنه فعل مع القدرة على القول فلم تصح به الرجعة كالقبلة لغير شهوة، ولأن ما كمل به المهر لم تصح به الرجعة، كالخلوة.

ولأن العدة تجب عن الوطء فاستحال أنْ تنقطع العدة بالوطء، لأن ما يوجب الشيء لا يقطعه ألا ترى أن الوطء يستباح بالعقد فاستحال أن يقطع العقد.

فأما الجواب عن الآية فهو أن الرد على ضربين: مشاهد، وحكم فرد المشاهدة لا يكون إلا بالفعل كالوديعة، ورد حكم فلا يكون إلا بالقول كقوله: رددت فلاناً إلى حزبي أو إلى مودتي، ورد الرجعة حكم فلم يكن إلا بالقول.

وأما الجواب عن قياسهم على مدة الإيلاء والعنة، فهو أن المدة غير مضروبة في الإيلاء، والعنة للفرقة، وإنَّما هي مضروبة لاستحقاق المطالبة، والمدة في الطلاق الرجعي غير مضروبة للفرقة لوقوع الفرقة بالطلاق دون المدة فلم يسلم وصف العلة في أصله وفرعها، ثم مدة الإيلاء والعنة المعتبر فيها أنَّها لا ترتفع بالقَوْلِ فلذلك ارتفعت بالوطء، وهذه لما ارتفعت بالقول لم ترتفع بالوطء وأمَّا الجواب عن قياسهم على مدة الخيار فالمعنى فيها أنَّها استباحة ملك واستعادة ملك، فجاز أن يكون بالقول والفعل، وليس كذلك الرجعة.

وأمَّا الجواب عن استدلالهم بتأثير الوطء في المطلقة ثلاثاً، فهو أنَّ ذلك الوطء إنما هو تمليك لا يوجب استيفاء نكاح ولا تجديده فلم يجز أن يصير في الرجعة موجباً استيفاء نكاح كما لم يوجب تجديده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَالكَلَامُ بِهَا أَنْ يَقُولَ قَدْ رَاجَعْتُهَا أَوِ ارْتَجَعْتُهَا أَوْ رَدَدْتُهَا إِلَيَّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأنَّ الرجعة إذا لم تكن إلا بالكلام اختصت بالتصريح دون الكناية، وللتصريح في الرجعة لفظتان:

إحداهما: راجعتك أو ارتجعتك.

الثانية: رددتك أو ارتددتك فصريح بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] وأما راجعتك فصريح بالسنة، قال النبي ﷺ لعمر: «مره فليراجعها».

ثم العرف الجاري به، فلم يختلف أصحابنا في قوله: «راجعتك» أنَّه صريح، وأمَّا رددتك فقد نص الشافعي في كتاب «الأم» على أنَّه صريح ولم يذكره في القديم والإملاء، فوهم الربيع فخرج منه قولاً آخر أنَّه كناية لا تصح به الرجعة، لإخلال الشافعي بذكره في القديم والإملاء، وقد أنكر تحريمه جمهور أصحابنا، فأما قوله: قد أمسكتك فقد اختلف أصحابنا، هل يكون صريحاً تصح به الرجعة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: هو قول أبي سعيد الإصطخري، أنه صريح فيها كقول الله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.

والوجه الثاني: أنَّها كناية لا تصح بها الرجعة والفرق بين أمسكتك حيث لم يكن صريحاً وبين راجعتك ورددتك حيث كان صريحاً أن المطلقة مرسلة مخلاة، والعرب تقول: لما خرج عن اليد إذا أعيد إليها: قد ارتجعته فرددته، ولا تقول أمسكته إلاَّ لما كان في اليد لم يخرج عنها، فلذلك ما افترقا في حكم الرجعة.

فأما إذا راجع بلفظ النكاح والتزويج مثل: قد تزوجتها أو نكحتها، ففيه وجهان:

أحدهما: تصح به الرجعة؛ لأن ما صح به أغلظ العقدين كان أخفهما له أصح.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه لا تصح به الرجعة؛ لأن صريح كل عقد إذا نقل إلى غيره، صار كناية فيه كصريح البيع في النكاح، وصريح الطلاق في العتق، والرجعة لاتصح بالكناية، وليس إذا انعقد الأقوى بلفظ كان صريحاً فيه، وجب أن ينعقد بالأضعف، ألا ترى أن ما انعقد به النكاح الذي هو أقوى لم يقع به الطلاق الذي هو أضعف.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فإن صريح الرجعة لفظتان: راجعتك أو رددتك.

فالأولى أن يصل ذلك بأحد أمرين: إمَّا أن يقول راجعتك إلى النكاح، أو يقول راجعتك من الطلاق هذا إن كانت حاضرة، وإنْ كانت غائبة ذكر اسمها فقال: راجعت امرأتي فلانة أو زوجتي فلانة؛ لأن الرجعية زوجة، وإن كانت محرمة، فإن قال: راجعتك أو رددتك ولم يقل إلى النكاح أو من الطلاق صَحَّ وتمت الرجعة؛ لأن الرجعة لا تكون إلاَّ مِنْ طلاق وإلى نكاح، وإنْ لم يذكر اسمها مع الغيبة، وقال: راجعتها صحت الرجعة إن قيل: إن الشهادة فيها ندب ولم تصح إن قيل: إن الشهادة واجبة.

فصل: وإذا تلفظ بالرجعة صحت وإن لم ينوها نَصَّ عليها الشافعي: فإن قَال راجعتك بالمحبة أو قال: راجعتك من الأذى صحت الرجعة، ولو قال: راجعت محبتك أو راجعت بغضك لم تصح الرجعة؛ لأن الرجعة ها هنا إلى المحبة، وهناك إلى النكاح، لأجل المحبة، ولو قال: قد اخترت رجعتك أو قال: شئت رجعتك فإن أراد أنه قد اختار أو شاء أنْ يراجعها من بعد لم يكن ذلك رجعة؛ لأنه إخبار عن إرادته لا عن رجعته، وإن أراد لذلك الرجعة في الحال، وأنَّه اختار بذلك عقدها ففي صحة رجعته وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن اختيار الرجعة أوكد في صحتها.

والوجه الثاني: لا يصح؛ لأنه لما صار محتملاً يسأل عنه خرج عن حكم التصريح إلى الكناية، والرجعة لا تصح بالكناية؛ وعلى هذا لو نكحها بوليٍّ وشاهدي عدلٍ لم يكن نكاحاً، وهل يكون رجعة أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فصل: وإذا قال: قد راجعتك إن شئت فشاءت لم تصح الرجعة، لأنها عَقْد قد علقه بِشَرْطٍ، والعقود إذا علقت بشروط مترتبة، لم تصح، كما لو قال: راجعتك إن جاء المطر أو قدم زيد أو قال مثل ذلك في عَقْدِ النِّكَاحِ.

ولو قال: قد راجعتك إذا جاء غدٌ أو في رأس الشهر لم تصح الرجعة؛ لأنه عقد قد تعلق بمدة منتظرة.

فإن قال: راجعتك أمس لم تصح الرجعة، إلا أن يريد الإقرار بها عن رجعة كانت منه بالأمس فيكون إقراراً بالرجعة، ولا يكون في نفسه رجعة، ولو قال لها: كلما طلقتك فقد راجعتك ثم طلقها لم تصح الرجعة لتقدمها على موجبها من الطلاق حتى تستأنفها بعد الطلاق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ جَامَعَهَا يَنْوِي الرَّجْعَةَ أَوْ لاَ يَنْوِيهَا فَهُوَ جِمَاعُ شُبْهَةٍ وَيُعَزَّرَانِ إِنْ كَانَا عَالِمَيْنِ وَلَهَا صَدَاقُ مِثْلِها وَعَلَيْهَا العِدَّةُ وَلَوْ كَانَتِ اعْتَدَتْ بِحَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَصَابَهَا ثُمَّ تُكَلِّمُ بِالرَّجْعَةِ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ الثَّالِثَةَ فَهِيَ رَجْعَةٌ وَإِنْ كَانَتْ بَعْدَهَا فَلَيْسَتْ بِرَجْعَةٍ وَقَدِ انْقَضَتْ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا العِدَّةُ وَلاَ تَحِلُّ لِغَيْرِهِ حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ مَسِّهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنَّ الوطء لا يكون رجعة، وقول الشافعي: لو كلمها ينوي الرجعة، أراد به مالكاً، وإن لم ينو بها أو لم ينوبها أراد به أبا حنيفة، وقد مضى الكلام عليهما فإذا وطئها في العدة قبل الرجعة، فهو وطء شبهة، لا اختلاف في

إباحته، والكلام فيه يشتمل على خمسة فصول في الحد والتعزير والمهر والعدة والولد فأما الحد فلا يجب لأمرين:

أحدهما: أنه وطء مختلف في إباحته، فأشبه الوطء فيما اختلف فيه من نكاح المتعة والشغار، والنكاح بغير ولي.

والثاني: أن الرجعية زوجة لتوارثهما وإن حرم وطؤها كالمحرمة والحائض.

وأما التعزير فإن اعتقد اباحته أو جهل تحريمه فلا تعزير عليهما؛ لأنه لما كانت الشبهة مسقطة للحد فأولى أن تسقط التعزير، وإن اعتقدا تحريمه ولم يجهلاه عزِّرا فإن اعتقد أحدهما تحريمه وجهله الآخر عزِّر العالم منهما دون الجاهل.

وأما المهر فواجب عليه بهذا الوطء، لأنها وإن كانت في حكم الزوجات فهي جارية في البينونة فأشبه وطء زوجته المرتدة في عدتها، ووطء من أسلم عن دينه في عِدَّتِهَا يلزمها مهر المثل بوطئها؛ لأنهما وطئا من هي جارية في فسخ، فإذا وجب عليه المهر بوطئه لم يخلِ حاله أن يراجِع في العدة أو لا يراجع، فإن لم يراجع استقرَّ عليه وجوب المهر، وإنْ راجع فالذي نصَّ عليه الشافعي أن المهر لا يسقط الرجعة وقال في وطء المرتدة والحربية، أن المهر يسقط بالإسلام، فاختلف أصحابنا فكان أبو سعيد الإصطخري ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى ويخرجها على قولين:

أحدهما: أن المهر يسقط بالرجعة، وبإسلام المرتدة والحربية، لأنها بالرجعة والإسلام تكون معه بالنكاح الأول فلا يجب فيه مهران.

والقول الثاني: أن المهر لا يسقط بالرجعة ولا بإسلام المرتدة ولا الحربية؛ لأنه قد وجب بالوطء فلم يسقط معه الوجوب كما لو لم يرتجع ولم يسلم.

وقال أبو إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا: جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهره فلا يسقط وطء المطلقة بالرجعة، ويسقط وطء المرتدة والحربية بالإسلام والفرق بينهما أن الرجعة لا ترفع ما وقع من الطلاق ولأنها تكون معه على ما بقي من عدد الطلاق وليس كذلك الإسلام؛ لأنه يرفع حُكْم الردة والشرك، ويكون معه بعدد الطلاق الذي ملكه بالنكاح، فصار الطلاق خارماً للنكاح، والردة لم تخرمه.

وأمَّا العدة فواجبة بهذا الوطء؛ لأنه وطء شبهة فاشتبه وطء الأجنبية بشبهة، وعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء بعد هذا الوطء، إن كانت من ذوات الأقراء ويكون الباقي من عدة الطلاق نائياً عن العدة، وما زاد عليه مختصاً بعدة الوطء.

مثاله أن يكون قد وطئها بعد قرأين من عدتها، وبقي منها قرء فتأتي بثلاثة أقراء منها قرء عن عِدَّةِ الطلاق والوطء؛ لأنَّهما في حق شخص واحد فتداخلتا، وإنَّما لا

تتداخل العدتان إذا كانتا في حق شخصين، ويكون القرءان الباقيان مختصين بعدة الوطء دون الطلاق وله أن يراجعها فيما بقي من عِدَّة الطلاق وليس له أن يراجعها من عدة الوطء؛ لأنها قد بانت بانقضاء عدَّة الطلاق.

والرجعة لا تصح من بائن لكن له أن يتزوجها فيما بقي من عِدَّة الوطء، وليس ذلك لغيره إلا بعد انقضائها لأن العدة تجب عليها لحفظ ماء مستحق، فإذا تزوجها في العِدَّة كان ماؤه محفوظاً فجاز، وإذا تزوجها غيره كان مضاعاً فلم يجز.

وأمَّا الولد فلا حق له به؛ لأنها فراش له بالعقد، وفراش بما استحدث من وطء الشبهة فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من الوطء انقضت به عدة الطلاق، وكان له الرجعة ما لم تضع، فلم تنتقض به عِدَّة الوطء، واستقبلت جميع أقرائها بعد الوضع لأن ما تقدم من أقرائها كان قبل الوطء، وإن وضعته لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء انقضت به العدتان معاً، وكان على رجعيته ما لم تضع سواء حاضت على الحمل أو لم تحض؛ لأن حيضها على الحمل لا تنقضي به العدة، ولا يعتد به من الأقراء وإن أجري عليه حكم الحيض.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا وَلَمْ تَعْلَمْ بِذَلِكَ وَانْقَضَتْ عِدَّتها وَتَزَوَّجَتْ فَنِكَاحُهَا مَفْسُوخٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إنْ كَانَ مَسَّهَا وَهِيَ زَوْجَةُ الأَوَّلِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ«إذَا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ» وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ هِيَ امْرَأَةُ الأَوَّلِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً لَمْ يُفْسَخْ نِكَاحُ الآخَرِ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن الرجعة تصح بغير علم الزوجة؛ لأن رضاها غير معتبر بخلاف النكاح؛ لأنه رفع تحريم طرأ على عَقْدِ النكاح فلم يعتبر رضاها في رفعه كالظهار والإحرام، وإذا لم يكن رضاها معتبراً بما ذكرنا فعلمها غير معتبر كالطلاق؛ لأن إعلانها مقصود به الرضا فثبت بذلك أن الرجعة بعلمها وغير علمها، ومعه حضورها وغيبتها جائزة، فلو طلقها وغاب وتزوجت بعد انقضاء العِدّة وقدم الزوج فَادَّعَى أنه راجعها قبل انقضاء العِدة فله حالتان: حال يقيم البينة على رجعته، وحال يعدمها، فإن أقام البينة عليها، وهي شاهدان عدلان لا غير كان نكاح الثاني باطلاً سواء دخل بها أم لم يدخل.

وقال مالك: إن دخل بها الثاني كان أحق بها من الأول وإن لم يدخل بها كان الأول أحق بها من الثاني كما قال في الوليين إذا زوجا امرأة، وقد مضى الكلام معه على ذلك في كتاب النكاح.

ودليلنا عليه بقول رسول الله ﷺ: «إذا أنكح الوليان فالأول أحق» ولأن وطء الثاني حرام، والوطء المحرم لا يفسد نكاحاً صحيحاً، ولا يصحح نكاحاً فاسداً، ولأنهما قد استويا في الوطء، وفُضِّلَ الأول لصحة العقد وبمذهبنا قال علي بن أبي طالب عليه السلام وبمذهب مالك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وقال الشافعي وهي أحد المسائل الثلاث التي اختلف فيها عمر وعلي رضي الله عنهما.

والقياس فيها مع علي عليه السلام وإذا ثبت أنها زوجة الأول بعد ثبوت رجعته لم يخل حال الثاني من أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل. فإن لم يدخل بها فلا مهر عليه وتحل أصابتها للأول في الحال وإن دخل بها الثاني وجبت عليه العدة من إصابته وعليه مهر مثلها دون المسمى، وهي محرمة على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني؛ لأنها معتدة من غيره، ولا نفقة عليه في مدة العدة لتحريمها عليه لسبب من جهتها، ولا على الثاني لفساد نكاحها فإن قضت عدتها من الثاني عادت إلى إباحة الأول.

فصل: وإن عَدِم البينة على رجعته فدعواه مسموعة على الزوجة وعلى الزوج الثاني، وكل واحد منهما فيها خصم له، لأن الزوجة مدعاة، والزوج الثاني متملك، فلذلك صار فيها خصمين للأول، فإذا ادّعى ذلك عليهما فلهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه على الرجعة فيبطل نكاح الثاني.

فإن لم يكن قد دخل بها فلا مهر عليه ولا حد، وعادت إلى الأول بنكاحه الأول، وحل له وطئها في الحال.

وإن دخل بها الثاني نُظِرَ فإن كانا عالمين بالرجعة فهما زانيان، وعليهما الحدُّ ولا مهر عليه ولا عِدَّة عليه وهي حلال للأول من غير عِدَّة ولو توقف عن إصابتها إلى انقضاء العدة كان أولى، وإن لم يتوقف فلا حرج كما لو زنت تحته، وإن كانا جاهلين بالرجعة فلا حَدَّ عليهما للشبهة، وعليه مهر المثل دون المسمى، وعليهاالعدة، وهي محرمة على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني، ولا نفقة لها على واحد منهما في زمان العدة، فإن جاءت بولد نظر فيه، وكانت حاله مترددة بين أربعة أقسام:

أحدها: أن يمكن لحوقه بالأول دون الثاني لولادته لأقل من أربع سنين في طلاق الأول وأقل من ستة أشهرٍ من إصابة الثاني فهذا لاحق بالأول دون الثاني، فلا تنقضي به عدتها من الثاني وعليها أن تعتد بالأقراء من إصابته.

والقسم الثاني: أن يمكن لحوق الثاني دون الأول لولادته من أكثر من أربع سنين من طلاق الأول، وأكثر من ستة أشهر من إصابة الثاني فهذا لاحق بالثاني وتنقضي

عدتها منه بوضعه ويعود إلى إباحة الأول بعد ولادته.

والقسم الثالث: ألا يمكن لحوقه بواحد منهما لولادته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، وأقل من ستة أشهر من إصابة الثاني، فلا يلحق بالثاني لاستحالة كونه من إصابته ولا بالأول لاستحالة علوقه قبل طلاقه، وعليها أن تعتد من أضافة الثاني بالأقراء.

القسم الرابع: أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما لولادته لأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولأكثرمن ستة أشهر من أصابة الثاني فيعرض على القافة ولا يعتبر تصادقهما عليه؛ لأن لحوق النسب حق للولد فإذا ألحقته القافة بأحدهما لحق به، وكان الجواب فيه على ما مضى فهذا إذا كان جاهلين بالرجعة فإن كان الزوج جاهلاً بها والزوجة عالمة به حُدَّتْ دونه، ولا مهر لها لوجوب الحد عليها، وعليها العدة لسقوط الحدِّ عن الزوج، ولحوق الولد به لو أمكن على مامضى، وإنْ كانت الزوجة جاهلة بها والزوج عالماً حدَّ دونها، ولها المهر لسقوط الحد عنها، ولا عِدَّةَ عليها لوجوب الحد على الزوج ونفي النسب عنه فهذا حكم الحال الأول إذا صدقاه.

فصل: والحال الثانية: أن يكذباه على الرجعة، فالقول قولهمامع أيمانهما، لأن الأصل عدم الرجعة، والظاهر صحة النكاح، فلم يقبل دعوى الأول في إحداث الرجعة وإبطال النكاح، وإذا كان كذلك فللزوجة والزوج الثاني أربعة أحوال:

أحدها: أن يجيبا إلى اليمين فيحلف الزوج الثاني لا يختلف فيه، وهل تحلف الزوجة بعد يمين الثاني أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تحلف، لأن اليمين يوضع زجراً ليرجع الحالف فتقضي عليه بالدعوى، وهذه لو رجعت لم يقض للأول بها بعد يمين الثاني، فلم يكن لتميز الزوجة معنى.

والقول الثاني: أنها تحلف، حتى إن نكلت قضي عليها بالمهر الأول وإن حكم بأنها زوجة للثاني.

والحال الثانية: أن ينكلا جميعاً عن اليمين، وترد اليمين على الزوج الأول، فإذا حلف حكم له بالزوجة، وهل يجري يمينه بعد نكولهما مجرى البينة أو الإقرار على قولين:

أحدهما: يجري مجرى الإقرار، فعلى هذا إن كان الثاني لم يصب فعليه نصف المهر، وإن أصاب فعليه جميع المسمى.

والثاني: أنها تجري مجرى النية، فعلى هذا إن كان الثاني لم يصب فلا شيء

عليه، فإن أصاب فعليه مهر المثل دون المسمى، والكلام في العدة والولد على ما مضى.

والحال الثالثة: أن يحلف الزوج الثاني وتنكل هي عن اليمين، فيحكم بها زوجة للثاني بيمينه، وهل يكون لنكولها تأثير أم لا؟ على قولين من اختلافهما في وجوب اليمين عليهما.

فإن قيل: إنها لا تجب، لم ترد اليمين على الأول، ولم يقض له عليها بالمهر.

وإن قيل: إنها تجب ردت اليمين على الأول، فإذا حلف قضي له عليها بمهر المثل.

والحال الرابعة: أن تحلف الزوجة وينكل الزوج الثاني عن اليمين، فتكون زوجة للثاني لسقوط حق الأول بيمينها، ولا يؤثر نكول الثاني في سقوط حق الأول فهذا حكم الحال الثانية إن أكذباه.

فصل: والحال الثالثة: أن تصدقه الزوجة ويكذبه الزوج فالقول قول الزوج الثاني مع يمينه ولا تصدق عليه الزوجة في إبطال نكاحه، فإن حلف الثاني كانت زوجته دون الأول، وهل للأول أن يرجع عليها بمهر المثل أم لا؟ على قولين بناء على اختلاف قوليه: فيمن قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو:

أحدهما: تجب له عليها مهر المثل، لأنها قد فوتت بضعها عليه بنكاح الثاني فصار كما لو فوتته برضاع.

والقول الثاني: لا مهر له عليها، لأنها قد أقرت له بما لزمه وإنما الحكم صرفه عنها، فإن فارقها الثاني بموت أو طلاق عادت إلى الأول بالتصديق المتقدم، وإن نكل الزوج الثاني عن اليمين ردت على الزوج الأول، فإن حلف حكم له بالنكاح وإن نكل كانت زوجة الثاني وعلى نكاحه، ولم يكن للأول أن يرجع عليها بالمهر، لأنه قد أسقط حقه منها بالنكول فإن فارقها الثاني بموت أو طلاق، عادت إلى الأول بإقرارها الأول.

فصل: والحال الرابعة: أن يصدقه الزوج الثاني، وتكذبه الزوجة فيبطل نكاح الثاني بتصديقه لإقراره على نفسه بفساده، ولا يقبل على الزوجة في سقوط مهرها فإن كان قبل إصابته وجب عليه نصف مهرها المسمى، وإن كان بعد الإصابة وجب عليه جميعه، ثم القول قولها مع يمينها لا يختلف في إبطال رجعة الأول، فإن حلفت فلا رجعة عليها للأول، وهي بائن منه، وخلية من زوج وإن نكلت ردت اليمين على الزوج، فإن حلف حكم له بالرجعة وكانت له زوجة، وإن نكل عن اليمين فلا رجعة له عليها وقد أسقط حقه بنكوله والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوِ ارْتَجَعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَأَقَرَّتْ بِذَلِكَ فَهِيَ رَجْعَةٌ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ».

قال الماوردي: أما الرجعة فلا تفتقر إلى ولي، ولا إلى قبول الزوجة، ويجوز للزوج أن ينفرد بها، وهل يفتقر إلى شهادة ويكون شرطاً في صحتها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء أن الشهادة في الرجعة واجبة مع التلفظ بها، فإن لم يشهد كانت الرجعة باطلة، لقول الله تعالى: ﴿**وأَشْهِدُوا ذَوي عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾ [الطلاق: ٢]. فهذا أمر فاقتضى الوجوب، ولأنه عقد يستباح به بضع الحرة، فوجب فيه الشهادة كالنكاح.

والقول الثاني: نص عليه في القديم والجديد أنها مستحبة ليست بواجبة، لأنه لما لم يعتبر فيها شروط النكاح في غير الشهادة من الولي والقبول لم يعتبر فيها الشهادة.

ولأنها رفع تحريم طرأ على النكاح فأشبه الظهار.

ولأن البيع أوكد منها لاعتبار القول فيه دونها، ثم لم تجب الشهادة في البيع فكان بأن لا تجب لاعتبار القبول فيه دونها ثم لم تجب الشهادة في البيع فكان أن لا تجب في الرجعة أولى.

فأما قوله تعالى: ﴿**واشهدوا ذوي عدل منكم**﴾ فهو عطف على الرجعة في قوله: ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ [الطلاق: ٢]. وعلى الطلاق في قوله: ﴿**أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ ثم لم تجب في الطلاق وهو أقرب المذكورين فكان بأن لا تجب في الرجعة لبعدها أولى، فعلى هذا تكون الشهادة عليها ندباً إن لم تشهد صحت الرجعة وهل يكون مندوباً إلى الإشهاد على إقراره بها أم لا؟ على وجهين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ قَدْ رَاجَعْتُكِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِكِ وَقَالَتْ بَعْدَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا».

قال الماوردي: أما إذا اختلفا في الرجعة والعدة باقية فقال الزوج: راجعتك، وقالت: لم تراجعني فالقول فيها قول الزوج، لأنها حال تملك فيها الرجعة فملك الإقرار فيها بالرجعة كالطلاق، وإذا ملكه الزوج ملك الإقرار به، ثم ينظر فإن لم يتعلق بها قبل الرجعة حق على الزوج، فلا يمين عليه، لأن الرجعة لما جوزت له بغير علمها صار مؤتمناً عليها، فإذا لم يتعلق بها حق لغيره لم يلزمه إحلافه عليها، وإن تعلق عليه

حق الزوجة قبل إقراره بالرجعة، لأنه وطئها قبل إقراره بها فطالبته بمهر المثل، لأجل وطئه فأنكر وجوب المهر بما أقرّ من الرجعة قبل وطئه أحلف على رجعته ولم يسقط دعواها بإنكاره.

فأما إذا اختلفا في الرجعة بعد انقضاء العدة، فقال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، فلا يخلو إنكارها له من أحد أمرين: إما أن تجحده الرجعة، وإما أن تقرّ بها وتدعي انقضاء العدة قبلها، فإن جحدت أن يكون قد راجعها قبل هذه الدعوى فالقول قولها مع يمينها، لأنها قد ملكت نفسها في الظاهر بالطلاق المتقدم فلم يقبل دعوى الزوج فيما يخالفه مع بقاء عصمته، وإن اعترفت له بالرجعة إلا أنها أنكرت أن تكون في العدة، وادعت انقضاء عدتها قبل الرجعة فالذي نقله المزني هاهنا أن القول قول الزوجة مع يمينها ولا رجعة، ونقل المزني في نكاح المشركين إذا أسلم الزوج بعد تقدم إسلام الزوجة، ثم اختلف فقال: أسلمت قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح، وقالت الزوجة: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا إن القول قول الزوج مع يمينه في تقدم إسلامه، وهما على النكاح وقد حكاه بعض أصحابنا عن الشافعي في اختلافهما في الرجعة أن القول فيها قول الزوج مع يمينه فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول متقدم إنها على قولين:

أحدهما: وهو الأصح أن القول قولها دونه، لأن إقامة البينة على انقضاء العدة متعذر وإقامتها على الرجعة ممكنة، فلذلك غلب قولها في انقضاء العدة على قوله في تقدم الرجعة لتعذر البينة من جهتها وإمكانها من جهته.

والقول الثاني: أن القول قوله في تقدم الرجعة دونها، لأن الرجعة من فعله وصادرة عن اختياره، وليس انقضاء العدة من فعلها ولا صادرة عن اختيارها فكان قوله فيها أمضى ودعواه فيها أقوى.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي أنه ليس على قولين بل القول فيه قول من سبق بالدعوى فإن سبقت الزوجة بأن عدتها قد انقضت واستقر قولها في البينونة ثم جاء الزوج يدعي تقدم الرجعة فالقول قولها مع يمينها بالله أنها لا تعلم تقدم الرجعة، فيكون يمينها على نفي العلم، لأنها على نفي فعل الغير، وإن سبق دعوى الزوج بأنه قد راجع زوجته في العدة واستقر قوله في الرجعة ثم جاءت الزوجة فادعت انقضاء عدتها قبل الرجعة كان القول قوله مع يمينه بالله أنه لا يعلم انقضاء عدتها قبل رجعته وإنما كان كذلك لاستقرار الحكم فيما سبقت

به الدعوى، فلم تبطل بما حدث بعده من الدعوى كاختلاف الوكيل والموكل بعد بيع الوكيل هل كان بيعه قبل فسخ الوكالة فيصح، أو بعد فسخها فيبطل، فإنه معتبر بأسبقهما قولاً، فإن بدأ الوكيل فقال: قد بعت السلعة بوكالتك، وقال الموكل قد فسخت وكالتك قبل بيعك أن القول قول قوله، لأن الوكيل قد كان في حال الوكالة فصار مقبولاً على موكله، وإن سبق الموكل فقال: فسخت وكالتك، فقال الوكيل: قد بعت قبل فسخك، فالقول قول الموكل، لأن الوكيل قد خرج من الوكالة بفسخه، فلم يقبل قوله بعد فسخ وكالته كذلك حكم اختلافهما في تقدم الرجعة وانقضاء العدة يكون معتبراً بأسبقهما قولاً إذا استقر قوله من غير أن يتصل بإنكار، فإن اتصل بإنكار لم يستقر معه حكم السبق، إما بأن تبدأ الزوجة فتقول: قد انقضت عدتي، فيقول الزوج جواباً لها: قد راجعتك قبل انقضاء عدتك، أو يبدأ الزوج فيقول: قد راجعتك في عدتك، فتقول الزوجة جواباً له: قد انقضت عدتي قبل رجعتك، فيكونا في حكم الدعوى سواء، ولا يقوى قول من سبق منهما بالدعوى إذا أجيبت بالإنكار، لأن حكم قوله لم يستقر، وإذا كان كذلك صارا فيها متساويين فالقول حينئذٍ على هذا الوجه قول الزوجة دون الزوج لمعنيين يرجع بهما قولهما أنها جارية في فسخٍ وأن قولها في حيضها مقبول.

والوجه الثالث: وقد أشار إليه المزني واختاره الداركي أنهما إن اتفقا في وقت انقضاء العدة واختلفا في وقت الرجعة كأنه قال: راجعتك في شعبان، وانقضت عدتك في رمضان، وقالت: انقضت عدتي في رمضان وراجعتني في شوال، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن اختلافهما في الرجعة دون العدة، والرجعة من فعله دونها فوجب أن يكون القول فيها قوله مع يمينه على ما تقدم رجعته لا على تأخير عدتها، لأنه يحلف على ما اختلفا فيه، وهي الرجعة دون العدة، فيقول والله لقد راجعتك قبل انقضاء عدتك، فتكون يمينه على القطع، لأنها يمين إثبات.

وإن اتفقا على وقت الرجعة، واختلفا في وقت انقضاء العدة، وكأنها قالت: انقضت عدتي في شعبان وراجعتني في رمضان، فقال الزوج: راجعتك في رمضان وانقضت عدتك في شوال، فالقول قول الزوجة مع يمينها، لأنه حلف في انقضاء العدة لا في وقت الرجعة، فكان القول قولها، لأنها مؤتمنة على عدتها فيحلف بالله لقد انقضت عدتها قبل رجعتك على القطع، لأنها يمين إثبات والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ دَخَلَ بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَالَ قَدْ أَصَبْتُكِ وَقَالَتْ لَمْ يُصِبْنِي فَلاَ رَجْعَةَ وَلَوْ قَالَتْ أَصَابَنِي وأَنْكَرَ فَعَلَيْهَا العِدَّةُ بِإِقْرَارِهَا وَلاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا بِإِقْرَارِهِ وَسَوَاءٌ طَالَ مَقَامُهُ أَوْ لَمْ يَطُل لاَ تَجِبُ الْعِدَّةُ وَكَمَالُ الْمَهْرِ إلاَّ بِالْمَسِيسِ نَفْسِهِ وَلَوْ

قَالَ ارْتَجَعْتُكِ الْيَوْمَ وَقَالَت انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ رَجْعَتِكَ صَدَّقْتُهَا إِلاَّ أَنْ تُقِرَّ بَعْدَ ذَلِكَ فَتَكُونَ كَمَنْ جَحَدَ حَقًّا ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ لَمْ يُقِرَّا جَمِيعاً وَلاَ أَحَدُهُمَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ حَتَّى ارْتَجَعَ الزَّوْجُ وَصَارَتِ امْرَأَتَهُ فَلَيْسَ لَهَا عِنْدِي نَقْضُ مَا ثَبَتَ عَلَيْهَا لَهُ».

قال الماوردي: أما قول الشافعي «ولو دخل بها» يعني خلا به، وقد ذكرنا حكم الخلوة في دخول الزوجين بيتاً، وأن يغلق عليهما باباً أو يرخيا عليهما ستراً وذكرنا في كتاب النكاح اختلاف قول الشافعي فيها على ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو قوله في القديم وبه قال أبو حنيفة أنها كالإصابة في كمال المهر ووجوب العدة واستحقاق النفقة، وهل تكون كالإصابة في ثبوت الرجعة أم لا؟ على وجهين.

والقول الثاني: وهو قوله في الإملاء، وبه قال مالك أنها كاليد لمدعي الإصابة منهما فيحلف عليها ويحكم له بها زوجاً كان أو زوجة.

والقول الثالث: وهو قوله في الجديد أنه لا حكم لها في استكمال المهر ولا في وجوب العدة، ولا في ثبوت الرجعة، وإن وجودها كعدمها.

فصل: [اختلاف الزوجين في الإصابة]

فإذا تقررت هذه الجملة واختلف الزوجان في الإصابة إما مع عدم الخلوة أو مع وجودها على قوله في الجديد الذي لا تأثير فيه للخلوة فيه مسألتان:

إحداهما: أن يدعي الزوج الإصابة وتنكرها الزوجة.

والثاني: أن تدعي الزوجة الإصابة وينكرها الزوج، فإن ادعاها الزوج وأنكرتها الزوجة فادعاؤه لها إنما هو لإثبات الرجعة عليها، فيكون القول قولها في إنكارها الإصابة مع يمينها، بخلاف المولى والعنين حين كان القول قولهما في ادعاء الإصابة دونها.

والفرق بينهما أن الأصل في المولى والعنين بقاء الزوجة فكان القول قولها في ادعاء الإصابة استصحاباً لهذا الأصل في ثبوت العقد، والأصل هاهنا وقوع الفرقة فكان القول قولها في عدم الإصابة استصحاباً لهذا الأصل في ثبوت الفرقة، فإذا حلفت هذه المطلقة أنه طلقها من غير إصابة فلا عدة عليها، ولا رجعة له، فأما المهر فإن كان في يد الزوج فليس لها المطالبة إلا بنصفه، لأنها لا تدعي أكثر منه، وإن كان بيدها لم يكن للزوج مطالبتها بشيء منه، لأنه مقر لها باستحقاق جميعه، فإن نكلت الزوجة عن اليمين ردت على الزوج، فإذا حلف حكمنا عليها بالعدة، وله الرجعة، لأنه حق عليها فقبل فيه رجوعها، ولأنها لو أنكرت أصل النكاح ثم اعترفت به صحّ، وجاز لها

الاجتماع فكان للرجوع إلى الاعتراف والإصابة أولى بالقبول.

فصل: فإذا ادعت الزوجة الإصابة وأنكرها الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه وليس لها من المهر إلا نصفه، ولا نفقة لها ولا رجعة له وعليها العدة بإقرارها، لأن دعواها قد تضمنت ما ينفعها وهو كمال المهر ووجوب النفقة، وما يضرها وهو وجوب العدة، فقبل قولها فيما يضرّها من وجوب العدة، ورد فيما ينفعها من كمال المهر ووجوب النفقة، فإن حلف الزوج فالحكم فيه ما ذكرنا، وإن نكل ردت اليمين على الزوجة فإذا حلفت حكمنا لها عليه بكمال المهر ووجوب النفقة والعدة فلازمة لها بالإقرار الأول، ولا رجعة للزوج، لأنه بإنكار الإصابة مبطل لرجعته.

فصل: قال الشافعي في كتاب [. . .] إذا طلق امرأته ثم قال: أعلمتني أن عدتها قد انقضت، ثم راجعتها لم يكن هذا إقراراً منه بأن عدتها قد انقضت، لأنها قد تكذبه فيما أعلمته، وتصح الرجعة إن عادت فأكذبها نفسها، وهكذا لو أقرت بطلاقها واحدة وراجعتها وادعت أنه طلقها ثلاثاً لا رجعة فيها ثم صدقته وأكذبت نفسها حل لها الاجتماع معه.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوِ ارْتَدَّتْ بَعْدَ طَلَاقِهِ فَارْتَجَعَهَا مُرْتَدَّةً فِي العِدَّةِ لَمْ تَكُنْ رَجْعَةً لِأَنَّهَا تَحْلِيلٌ فِي حَالِ التَّحْرِيمِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهَا نَظَرٌ وَأَشْبَهُ بِقَوْلِهِ عِنْدِي أَنْ تَكُونَ رَجْعَةً مَوْقُوفَةً فَإِنْ جَمَعَهُمَا الإِسْلَامُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ رَجْعَةٌ وَإِنْ لَمْ يَجْمَعْهُمَا الإِسْلَامُ قَبْلَ انْقَضَاءِ العِدَّةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَا رَجْعَةَ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ حِينِ ارْتَدَّتْ كَمَا نَقُولُ فِي الطَّلَاقِ إِذَا طَلَّقَهَا مرْتَدَّةً أَوْ وَثَنِيَّةً فَجَمَعَهُمَا الإِسْلَامُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ عَلِمْنا أَنَّ الطَّلَاقَ كَانَ وَاقِعاً وَكَانَتِ الْعِدَّةُ مِنْ حِينِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وإِنْ لَمْ يَجْمَعْهُمَا الإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ بَطُلَ الطَّلَاقُ وَكانَتِ العِدَّةُ مِنْ حِينِ أَسْلَمَ مُتَقَدِّمُ الإِسْلَامِ».

قال الماوردي: وصورتها في المطلقة الرجعية إذا ارتدت عن الإسلام في عدتها، فالزوج ممنوع من رجعتها في الردة كما كان ممنوعاً من نكاحها فإن راجعها وهي في الردة كانت رجعته باطلة سواء رجعت إلى الإسلام قبل مضي العدة أم لا، وقال المزني: رجعته في الردة موقوفة على إسلامها قبل انقضاء العدة، فإن أسلمت قبل انقضاء عدتها صحت الرجعة، وإن لم تسلم حتى انقضت العدة بطلت الرجعة، استدلالاً بأن طلاق المرتدة لما كان موقوفاً صحَّ أن تكون رجعتها موقوفة ولما صح أن يكون نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة فأولى أن تكون رجعتها موقوفة.

ولأن أسوأ أحوال المرتدة أن تكون محرمة وتحريمها لا يمنع من صحة الرجعة

كالمحرمة، وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿**ولا تمكسوا بعصم الكوافر**﴾ [الممتحنة: ١٠]. وفي الرجعة تمسكاً برجعتها بعصمتها، فوجب أن تكون الردة مانعة منها.

ولأن الرجعة عقد يستباح به بضع الحرة فلم يصح في الردة، ولا أن يكون موقوفاً فيها كالنكاح، ولأن الردة منافية للرجعة، لأن الردة تقتضي البينونة، والرجعة رافعة للبينونة وإذا تنافيا لم يصح أن يجتمعا، وإذا لم يصح اجتماعهما لتنافيهما، وقد ثبتت الردة فبطلت الرجعة.

وأما الطلاق فهو غير مناف للردة، لأنهما معاً يقتضيان الفرقة وعلى أن الطلاق يجوز أن يكون موقوفاً على شرط لا يصح إيقاف الرجعة ولا تعليقها بشرط فافترق حكمهما في الردة.

وأما النكاح ففسخه موقوف وعقده غير موقوف، والرجعة ملحقة بالعقد دون الفسخ.

وأما الرجعة في الإحرام فمفارقة للرجعة في الردة، لأن المزني يقف الرجعة في الردة، ولا يقفها في الإحرام فهذا الفرق جوزنا الرجعة في الإحرام وأبطلناها في الردة.

فصل: وإذا زوجت المطلقة في عدتها، وقبل مراجعة الزوج لها، ودخل بها الثاني فراجعها الأول بعد دخول الثاني، وقبل انقضاء العدة صحت الرجعة، وكانت محرمة على الأول بعد رجعته حتى تقضي عدتها من إصابة الثاني، لأن نكاح الثاني باطل فلم يكن عدتها من إصابته مانعة من صحة رجعته، لأن الرجعة توجب استبقاء النكاح، ووجوب العدة لا يَمنع من استبقاء النكاح كالموطوءة بشبهة.

فصل: وإذا راجعها الزوج وهو مجنون أو مغمى عليه بطلت رجعته لبطلان عقوده، فإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان صحت رجعته في إفاقته، وبطلت في جنونه فلو اختلفا فقال: راجعتك في حال الإفاقة، وقالت راجعتني في حال الجنون ففيه قولان كالطلاق إذا اختلفا في وقوعه في الجنون والصحة:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه وتصح رجعته.

والقول الثاني: أن القول قولها مع يمينها ورجعة الزوج باطلة ولو راجعها وهو سكران صحت رجعته إذا قيل بوقوع طلاقه على الصحيح من المذهب ولم تصح رجعته إذا قيل بتخريج المزني أن طلاقه لا يقع، ومن أصحابنا من قال لا تصح رجعته، وإن وقع طلاقه، لأن وقوع طلاقه تغليظ ورجعته تخفيف، والسكران يغلظ عليه، ولا يخفف عنه، وهذا فاسد، لأننا نجري على سكره حكم الصحة فلم يقع الفرق بين ما

غلظ وخفف، فلو راجعها وهي مجنونة أو سكرانة صحت رجعتها، لأن نكاحها في جنونها وسكرها يصح فكانت رجعتها أصح.

فصل: وإذا شك الزوج في طلاق امرأته لم تلزمه رجعتها لأن الطلاق بالشك ملغى فيسقط حكمه في التحريم فسقط حكمه في الرجعة.

وأوجب عليه سفيان الثوري الرجعة، وهذا فاسد بما ذكرنا.

وأمره شريك بن عبدالله بالطلاق والرجعة، وهذا القول أفسد.

وقد حكى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: جاء رجل إلى أبي حنيفة فقال: لا أدري أطلقت أم لا؟ فقال له أبو حنيفة: هي امرأتك حتى تستيقن أنك طلقتها فذهب إلى سفيان الثوري فسأله فقال: راجعها، وإن لم تكن طلقتها لا تضرك الرجعة فذهب إلى شريك بن عبدالله فسأله فقال له: طلقها ثم راجعها، قال فجاء الرجل إلى زفر بن الهذيل فأخبره بمقالتهم فقال له زفر أما أبو حنيفة فأفتاك بالفقه. وأما سفيان فأفتاك بالورع والاحتياط، وأما شريك فسأضرب لك مثلاً فيه مثله مثل رجل مرّ بثقب فسال عليه منه، فأما أبو حنيفة فقال ليس عليك شيء منه حتى تستيقن أنه نجس، وأما سفيان فإنه أمره بغسله فإن كان طاهراً لم يضرّه، والغسل وإن كان نجساً فقد غسله، وأما شريك فقال بل عليه ثم أغسله.

بـــاب المُطلَّقة ثَلاثاً

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي المُطَلَّقَةِ الطَّلْقَةَ الثَّالِثَةَ ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. وَشَكَتِ الْمَرْأَةُ الَّتِي طَلَّقَهَا رِفَاعَةُ ثَلَاثاً زَوْجَهَا بَعْدَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ فَقَالَ «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رَفَاعَةَ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِي عَسِيلَتَهُ وَيَذُوقَ عَسِيلَتَكِ»».

قال الماوردي: وهذا صحيح كل زوج وقع طلاقه على كل زوجة من صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة إذا استكمل طلاقها ثلاثاً مجتمعة أو متفرقة قبل الدخول أو بعده فهي محرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها الثاني، فتحل بعده للأول بعقد الثاني وإصابته، وهو قول الجماعة.

وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير تحل للزوج الأول بعقد الثاني، وإن لم يصبها فجعلا الشرط في إباحتها للأول عقد الثاني دون إصابته استدلالاً بعموم قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. واسم النكاح يتناول العقد دون الوطء.

ولأنه لما ثبت بمجرد العقد تحريم المصاهرة ثبت به حكم الإباحة.

ودليلنا حديث الأعمش عن عروة عن عائشة أن رفاعة القرظي طلّق زوجته ثلاثاً فنكحت بعده عبدالرحمن بن الزبير فأتت رسول الله ﷺ فذكرت زوجها وقالت إنما معه كهدبة الثوب فقال: «لعلك تريدين رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وهذا نص.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن عمرو بن حزم طلق الغميصاء فنكحها رجل فطلقها، قبل أن يمسها أو طلقها رجل فتزوجها عمرو بن حزم وطلقها قبل أن يمسها فأتت النبيّ ﷺ تسأله هل ترجع إلى زوجها الأول فقال لها: هل قربك، قالت يا رسول الله ما كان له إلا كهدبة الثوب فقال: فلا إذاً حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك.

وروي عن عبدالله بن عمر أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت بعده زوجاً فخلا

بها وأغلق الباب وكشف القناع إلا أنه لم يطأ فسئل رسول الله ﷺ هل تحل للأول إن طلقها الثاني فقال: «لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها».

والعسيلة: مختلف فيها فذهب أبو عبيدالقاسم بن سلام إلى أنها لذة الجماع، وذهب آخرون إلى أنها الإنزال وذهب الشافعي وأكثر الفقهاء إلى أنها الجماع، لأن اللذة زيادة والإنزال غاية.

وقد روى عبدالله بن أبي مليكة عن عائشة رضي الله تعالى عنها عن النبيّ ﷺ أنه قال: «العسيلة هي الجماع».

ولأنه إجماع الصحابة روي ذلك عن علي وعائشة وجابر وابن عمر وأنس أنها لا تحل للأول حتى يصيبها الثاني.

وقال عمر وعلي حتى تذوق العسيلة وهي ماؤه، وليس لهم في الصحابة مخالفة، لأن الزوج الثاني شرط عقوبة للأول، وزجراً من الطلاق الثلاث لتدعوه الحمية والأنفة من نكاح الزوجة أن لا يطلقها ثلاثاً؛ لأنهم كانوا يطلقون ويراجعون، فلو حلَّت له بمجرد العقد من غير إصابة لما دخله من الحمية والأنفة ما يمنعه من الثلاث كما يدخله إذا وطئت، فلذلك صار الوطء مشروطاً.

فأما الآية وأن النكاح هو العقد دون الوطء فعنها جوابان:

أحدهما: أن العقد حقيقة في النكاح، فجاز في الوطء، وقد يجوز أن يحمل على مجازه بدليل، والسنة أقوى دليل، قال الشافعي: فسرت السنة والكتاب وأولى ما فُسِّرَ به القرآن هو السنة.

والثاني: أن الكتاب أوجب شرطاً هو العقد، والسنة أوجبت شرطاً ثانياً وهو الإصابة فاقتضى وجوب أحدهما بالكتاب، ووجوب الآخر بالسنة.

وأما تحريم المصاهرة فلا يجوز أن يعتبر به حكم الإباحة، لأن التحريم أوسع لحصوله بالوطء من غير عقد كالوطء بشبهة كذلك بالعقد من غير وطء والإباحة لما لم تثبت بالوطء من غير عقد، ولا بالفاسد من العقود لم يثبت بمجرد العقد من غير وطء.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا تحلّ للأول بعد الطلاق الثلاث إلا بخمسة شروط:

أحدها: أن تنقضي عدتها منه.

والثاني: أن تنكح غيره.

والثالث: أن يطأها.

والرابع: أن يطلقها إما ثلاثاً أو دونها.

والخامس: أن تقضي منه عدتها فتحل حينئذ للأول أن ينكحها غير أن المقصود بها الإباحة في هذه الشروط الخمسة شرطان العقد والإصابة.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا أَصَابَهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ فَغَيَّبَ الحَشَفَةَ فِي فَرْجِهَا فَقَدْ ذَاقَا الْعسيلَةَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح بين الشافعي بهذا صفة الشرطين أما العقد فهو أن يكون صحيحاً غير فاسد، لأن الأحكام إذا اختصت بالعقود تعلقت بالصحيح منها دون الفاسد، ألا تراه لو حلف لا يعقد نكاحاً ولا بيعاً فعقدهما عقداً فاسداً لم يحنث.

وأما الوطء فيكون في القبل بتغييب الحشفة فيه.

فأما الوطء في الدبر أو فيما دون الفرج فلا تتعلق به الإباحة، لأنه لا يكون معه ذوق العسيلة وإن كمل به المهر ووجبت به العدة، فيكون الوطء في الدبر مخالفاً لحكم الوطء في القبل في أربعة مواضع للإحلال والأحصان والإيلاء والعنة وموافقاً له فيما سوى هذه الأربعة، وإذا لم يحلها إلا بالوطء في القبل فلا يكون بدون تغييب الحشفة، لأن فساد الصوم ووجوب الكفارة فيه وكمال المهر ووجوب الحد والغسل إنما يتعلق بتغييب الحشفة ليلتقي بها الختانان، ولا لايتعلق بما دونها كذلك حكم الإباحة وسواء حصل مع تغييب الحشفة إنزال أو لم يحصل، لأنهما قد ذاقا العسيلة بتغييبها وإن لم ينزلا، وكما يتعلق بها سائر الأحكام مع عدم الإنزال.

فصل: وإذا كانت بكراً فالإصابة التي تحل بها للزوج الأول أن يفتضها وليس الافتضاض شرطاً في الإباحة، وإنما هو شرط في التقاء الختانين، والتقاء الختانين شرط في الإباحة، لأن مدخل الذكر في مخرج الحيض، وهو في البكر يضيق عن مدخل الذكر، فإذا دخل اتسع به الثقب فانخرقت به الجلدة فزالت البكارة التي هي ضيق الثقب فكان هو الافتضاض، فلو أراد الثاني افتضاضها بوطئه أحلها، والافتضاض هو خرق الحاجز الذي بين مخرج الحيض وهو مدخل الذكر، وبين مخرج البول وهذا يحلها، لأنه أريد من الافتضاض والتقاء الختانين فكان أبلغ في الإباحة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَسَوَاءٌ قَوِيُّ الْجِمَاعِ وَضَعِيفُهُ لَا يُدْخِلُهُ إِلَّا بِيَدِهِ أَوْ بِيَدِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا فرق في وطء الثاني بين أن يكون قوي الجماع أو ضعيفه، لأنه قد يذوق به العسيلة، وإن كان ضعيفاً، فأما قوله أدخله بيده أو يدها فإن كان بعد انتشاره فسواء أدخله بيده أو استدخلته المرأة بيدها في حصول الإباحة به.

فأما إن لم ينتشر عليه فأدخله غير منتشر بيده أو يدها قال أبو حامد الإسفرايني: لا تحصل به الإباحة، ولا تتعلق به أحكام الوطء، ولا يجب به الغسل، لأن عرف الوطء لا يتناوله، فلم يتعلق عليه حكم، ولأن العسيلة إنما تكون بالشهوة،

والشهوة إنما تكون مع الانتشار، وهذا الذي قاله ليس بصحيح بل تغييب الحشفة في الفرج، وإن كان الذكر غير منتشر يتعلق به أحكام الوطء بالذكر المنتشر، لأن لين الذكر ضعف، وانتشاره قوة، وضعف الجماع وقوته سواء فكذلك لين الذكر وانتشاره سواء إذا أمكن دخول الحشفة مع لينه، ولأن وجود اللذة في ذوق العسيلة غير معتبر، ألا تراه لو وطئها وهي نائمة أحلها إن لم تذوق عسيلته، ولو استدخلت ذكره وهو نائم حلت، وإن لم يذق عسيلتها فكذلك إذا كان غير منتشر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَبِيٍّ مُرَاهِقٍ أَوْ مَجْبُوبٍ بَقِيَ لَهُ قَدْرُ مَا يُغَيِّبُهُ تَغْيِيبَ غَيْرَ الخَصِيِّ وَسَوَاءٌ كُلُّ زَوْجٍ وَزَوْجَةٍ».

قال الماوردي: أما إذا كان الزوج الثاني غير بالغ وقد عقد عليها نكاحاً صحيحاً له حالتان:

إحداهما: أن يكون مراهقاً قد انتشر ذكره ويطأ مثله، فوطؤه يحلها للأول، كالبالغ.

والحال الثانية: أن يكون طفلاً لا يطأ مثله، ولا ينتشر ذكره، فالوطء مستحيل من مثله وإنما يكون استدخال ذكره عبثاً فلا يتعلق به إحلال فخالف البالغ إذا أولج من غير انتشار، لأنهما يختلفان في انطلاق اسم الوطء عليها فاختلفا في حكمه.

وأما الخصي فهو المسلول الانثيين السليم الذكر فوطؤه يحلها كالفحل، بل وطؤه أقوى لعدم إنزاله، وقلة فتوره.

فأما المجبوب وهو المقطوع الذكر فإن لم يبق منه شيء يمكنه إيلاجه استحال الوطء منه فلم يحلها، وإن بقي منه ما يمكن إيلاجه فإن كان دون مقدار الحشفة لم يحلها، لأن السليم الذكر لو أولج دون الحشفة، لم يحل، وإن كان الباقي منه بمثل مقدار الحشفة فما زاد أحلها، وهل يعتبر في إحلاله تغييب قدر الحشفة فيه أو يعتبر تغييب جميعه على وجهين:

أحدهما: يعتبر منه تغييب قدر الحشفة، فإذا غيب من باقي ذكره قدر الحشفة أحل.

والوجه الثاني: لا يحلها إلا بتغييب جميع الباقي لأن ذهاب الحشفة منه قد أسقط حكمها فانتقل إلى الباقي بعدها.

فصل: قال الشافعي: «وسواء كل زوج وزوجة» يعني أنه لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً أو مسلماً أو كافراً مع الزوجة الكافرة عاقلاً أو مجنوناً، وكذلك

الزوجة لا فرق بين أن تكون حرة أو أمة مسلمة أو كافرة عاقلة أو مجنونة، لأنها إصابة من زوج في نكاح صحيح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَصَابَهَا صَائِمَةً أَوْ مُحْرِمَةً أَسَاءَ وَقَدْ أَحَلَّهَا».

قال الماوردي: الوطء المحرم على ضربين:

أحدهما: أن يكون مع صحة العقد.

والثاني: أن يكون لفساد العقد.

فأما تحريمه والعقد صحيح فكالوطء في حيض أو صوم أو إحرام فهو يحلها وإن حرم، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا يحلها حتى تكون حلالاً، فإن كان حراماً لا تحل كالزنا، وكالوطء مع فساد العقد، وهذا فاسد، لقول النبيّ ﷺ: «لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» فجعل الإباحة بشرطين العقد وذوق العسيلة، وقد وجدا فوجب أن يوجدا الإباحة، ولأنه وطء في نكاح صحيح فوجب أن يتعلق به التحليل كالمباح.

فأما الزنا فلا يحل، لأن الله تعالى شرط فيه نكاح زوج.

وأما الوطء في النكاح الفاسد فالمنصوص عليه في الجديد والمشهور من مذهبه في القديم أنه لا يحلها كالوطء في نكاح المتعة والشغار كالنكاح بغير ولي، لأنه لا يستند إلى صحة عقد، وإن سقط فيه الحد فاشتبه الوطء بالشبهة، إذا خلا عن عقد، وقد خرج قول آخر في القديم من نكاح المحلل أنه يحلها للزوج، لأنه قد يتعلق به أحكام النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة ولحوق النسب، وهذا التعليل يفسد بوطء الشبهة.

فصل: وأما نكاح المحلل فهو أن يحل، فالمطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً لتحل به للأول أن لا يطلقها ويتمسك بها فتشترط عليه أنها تنكحه ليحلها للزوج الأول حتى تعود إليه فهذا محظور.

روى سفيان عن عبدالله بن شريك العامري قال سمعت ابن عمر يقول لعن رسول الله ﷺ المستحِلّ والمستحَل له، وكلاهما وإن كان إلى عشر سنين، وإن كان إلى عشرين سنة، وإن كان إلى ثلاثين.

روى الليث عن مسرح عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ «ألا أخبركم بالتيس المستعار» قالوابلى قال: «هو المحل» ثم قال «لعن الله المحل والمحلل له» فإذا تقرر وحظر هذا الشرط فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتقدم العقد فلا تأثير له في فساد العقد، لأن ما تقدم العقود من الشروط لا تلزم، فصار وجود الشرط المتقدم كعدمه، غير أننا نكرهه، وهكذا لو أضمره الزوجان، ولم يشترطاه كرهناه لما قدمناه في النكاح والبيوع، وإن كل شرط لو انطلق به في العقد أفسده فمكروه إضماره وإن لم يفسده.

والضرب الثاني: أن يصرحا باشتراطه في العقد فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط عليه في عقد النكاح أن ينكحها على أن يحلها للزوج الأول فهذا الشرط الأول مكروه، والعقد معه صحيح، لأنه لم يشترط عليه الفرقة، وهكذا حكم نكاحه أن يحلها للزوج الأول، وإن لم يشترط فلم يؤثر فيه الشرط، فإن أقام الزوج الثاني معها لم يجز أن يؤخذ بطلاقها، فإن طلقها مختاراً أحلها.

والقسم الثاني: أن يشترط عليه في العقد أن ينكحها على أن يحلها للزوج الأول، فإذا أحلها فلا نكاح بينهما، فهذا نكاح فاسد، لأنه نكاح إلى مدة، وهذا أفسد من نكاح المتعة، لأنه إلى مدة مجهولة، ونكاح المتعة إلى مدة معلومة، وهل يحلها للزوج الأول إذا أصابها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في الجديد أنه لا يحلها؟ لأن فساد العقد قد سلبه حكمه وأجرى عليه حكم الشبهة.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم أنه يحلها للزوج الأول.

واختلف أصحابنا في علة إحلالها له، فذهب أبو علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين إلى أن العلة فيه أنها موطوءة باسم النكاح، فعلى هذا يكون حكم الوطء في كل نكاح فاسد كحكمه في نكاح المحلل.

وذهب البصريون إلى أن العلة فيه إطلاق النبيّ ﷺ اسم الإحلال عليه في نهيه عنه فعلى هذا يكون حكم الوطء في غيره من المناكح الفاسدة غير محلٍ لها بخلافه لاختصاصه بهذا الاسم دون غيره.

والقسم الثالث: أن يتزوجها على أنه إذا أحلها للزوج الأول بوطئه طلقها ففي فساد هذا العقد قولان:

أحدهما: أنه فاسد، لأنه غير مؤبد، فأشبه قوله على أنني إذا أحللتك فلا نكاح بيننا، فعلى هذا، هل يحلها أم لا؟ على القولين الماضيين على الجديد لا يحلها، وعلى القديم يحلها، وفي العلة وجهان.

والقول الثاني: أنه نكاح صحيح، لأنه نكاح قُرِن بشرطٍ فاسدٍ فَبَطَل الشرط، وثبت العقد، فعلى هذا هو بالخيار بعد إصابتها بين أن يطلقها أو يقيم معها، وليس

للشرط تأثير في إجباره على طلاقها فإن طلقها مختاراً أحلها قولاً واحداً لصحة نكاحه.

فصل: والمخرج لمن أراد الاستحلال وأن يتحرز من فساد العقد ومن امتناع الثاني من الطلاق، ومن إحبالها بالوطء، أن تزوج بعبد مراهق لم يبلغ، فإذا أصابها وُهِبَ لها فيبطل النكاح بالهبة، لأنها ملكت زوجها، وقد حلّت بإصابته للزوج الأول، وأمنت منه الإحبال لعدم البلوغ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَصَابَ الذِّمِّيَّةَ زَوْجٌ ذِمِّيٌّ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَحَلَّهَا لِلْمُسْلِمِ لأَنَّهُ زَوْجٌ وَرَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ يَهُودِيَّيْنِ زَنَيَا وَلاَ يَرْجُمُ إِلاَّ مُحْصَناً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً فنكحت زوجاً ذمياً، وأصابها حلت بإصابته للمسلم.

وقال مالك: لا يحلها بناء على أصله في فساد مناكحهم، وقد مضت هذه المسألة في كتاب النكاح وذكرنا العفو عن مناكحهم، وجواز الإقامة عليها بعد إسلامهم وقد أقرّ رسول الله ﷺ أبا العاص بن الربيع بعد إسلامه على نكاح ابنته زينب بالعقد الأول، ثم من الدليل على هذه المسألة مع عموم قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا، ولا يرجم إلا محصنين، ولا يكونا محصنين إلا بالإصابة في نكاح صحيح، ولأنه نكاح يقر عليه أهله فأجرى عليه حكم الصحة كنكاح المسلمين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ كَانَتِ الإِصَابَةُ بَعْدَ رِدَّةِ أَحَدِهِمَا ثُمَّ رَجَعَ الْمُرْتَدُّ مِنْهُمَا لَمْ تُحِلَّهَا الإِصَابَةُ لأَنَّهَا مُحْرَمَةٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) لاَ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْمُرْتَدِّ مِنْهُمَا عِنْدَهُ فَيَصُحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا إِلاَّ فِي الَّتِي قَدْ أَحَلَّتْهَا إِصَابَتُهُ إِيَّاهَا لِلزَّوْجِ قَبْلَهُ فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا فَقَدِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي قَوْلِهِ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا بِالإِصَابَةِ وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا فَقَدْ أَحَلَّهَا إِصَابَتُهُ إِيَّاهَا قَبْلَ الرِّدَّةِ فَكَيْفَ لاَ يُحِلُّهَا؟ فَتَفَهَّمْ».

قال الماوردي: وصورتها في المطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً فأصابها الزوج في حال ردته أو ردتها لم يحلها الوطء في الردة للزوج الأول؛ لأنها بالردة جارية في فرقة فصار الوطء فيه مع تحريمه مصادفاً لعقد مسلم يفضي إلى فسخ، فزال عنه حكم الوطء في العقد الصحيح، ومن هذا الوجه خالف الصائمة والمحرمة والحائض؛ لأنه وإن كان محرماً فقد صادف عقداً كاملاً لم يتثلم شيء منه، فلذلك افترقا في الإباحة.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي في تصوير هذه المسألة وذكر أنها مستحيلة؛ لأن الردة إن طرأت على النكاح قبل الدخول بطل العقد، وكان الوطء بعده

وطءً في غير عقد؛ لأن غير المدخول بها لا عدة عليها بالفرقة، فإذا طرأ ما يوجب الفرقة بانت، وإن كانت الردة بعد الدخول بها فتلك الإصابة التي كانت قبل الردة قد أحلها للزوج الأول فلم يعتبر إصابتها في الردة.

وظاهر الاعتراض صحيح غير أن أصحابنا خرجوا لصحة المسألة والجواب عن هذا الاعتراض وجوهاً:

أحدهما: أنه صورها على قوله في القديم أن الخلوة توجب العدة، وكمال المهر، وإن لم يقع بها الإحلال للأول، فإذا ارتدت كان نكاحها موقوفاً على انقضاء عدتها، فإذا أصابها في حال الردة لم يحلها، فأما على مذهبه في الجديد في أن الخلوة لا توجب العدة فلا يتصور.

والثاني: أن صورتها على قوله في الجديد والقديم معاً في الموطؤة في الدبر تجب العدة عليها ويكمل المهر لها، ولا يحلها الزوج الأول، فإذا ارتدت بعده كان نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة، فإن أصابها في الردة لم يحلها.

والثالث: أنها مصورة في موطؤة دون الفرج إذا استدخلت ماء الزوج وجبت العدة عليها، وإن لم يحلها، فإذا ارتدت كان نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة لوجوب العدة عليها، فلو وطئها في الردة لم يحلها، وهذا إنما قاله الشافعي على مذهبه في الجديد، والصحيح من مذهبه في القديم أن الوطء في النكاح الفاسد لا يحلها.

فأما إن قيل: بتخريج قوله الثاني فالوطء في الردة أولى أن يحلها؛ لأنه إذا أحلها ما صادف عقداً فاسداً فأولى أن يحلها ما صادف عقداً صحيحاً موقوفاً متثلماً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ ذَكَرَتَ أَنَّهَا نُكِحَتْ نِكَاحاً صَحِيحاً وَأُصِيبَتْ وَلاَ نَعْلَمُ حَلَّتْ لَهُ وَإِنْ وَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهَا كَاذِبَةٌ فَالوَرَعُ أَنْ لاَ يَفْعَلَ».

قال الماوردي: وصورتها في المطلقة ثلاثاً إذا ادعت أنها نكحت بعد انقضاء عدتها زوجاً دخل بها، وأنه طلقها وانقضت منه عدتها ليتزوجها الأول فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقصر الزمان عن انقضاء عدتين وعقد وإصابة فقولها مردود للإحاطة بكذبها.

والضرب الثاني: أن يكون الزمان متسعاً لذلك فلا تخلو حال الزوج الأول معها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتيقن كذبها فيحرم عليه أن يتزوجها.

والثاني: أن يتيقن صدقها فيجوز نكاحها.

والثالث: أن لا يتيقن صدقها ولا كذبها فإن وقع في نفسه صدقها حل له أن يتزوجها حكماً وورعاً وإن وقع في نفسه كذبها كرهنا له ورعاً أن يتزوجها، وجاز له في الحكم أن يتزوجها؛ لأنها مؤتمنة على نفسها لا سيما فيما لا يمكنها إقامة البينة عليه من الإصابة وانقضاء العدة فجاز في الشرع الرجوع إلى قولها، والعمل عليه مع جواز كذبها كالمحدث إذا غاب وعاد فذكر أنه توضأ جاز الاتمام به مع جواز كذبه؛ لأن إقامة البينة على نيته متعذرة، ولأنه لما جاز قبول قولها في الإصابة، وهو أحد شرطي الإباحة جاز قبول قولها في الشرط الثاني، وهو العقد، ولأنه لو غاب مع زوجته ثم عاد فذكر موت زوجته حلّ لاختها أن تتزوج به، ويكون قوله في الموت مقبولاً، ولكن لو غابت زوجته مع أختها، ثم قدمت الأخت، فذكرت له موت زوجته لم يحل له العقد على أختها إلا بعد أن يتيقن زوال ملكه، وليس كذلك الأخت؛ لأنها لا ملك لها، فجاز أن يرجع إلى قول الزوج في موت أختها.

ولو قالت المطلقة ثلاثاً: نكحت زيداً وطلقني بعد الإصابة، فقال زيد: طلقتها قبل الإصاب، لم تقبل دعوى الإصابة تدخل على الثاني ضرراً في تكميل المهر، فلم يقبل قولها فيه، وغير مدخلة على الأول ضرراً فقبل قولها فيه.

فلو قال زيد: لم أتزوجها وقالت: قد تزوجني وأصابني وطلقني قُبِلَ قولها في إحلالها للأول، وإذا كذبها الثاني لما ذكرنا من ائتمانها على نفسها، وإن لم يقبل على الثاني، فلو أقرّ زيد بتزويجها وإصابتها وادعت عليه طلاقها فأنكرها حرمت على الأول أن يراجعها؛ لأن إنكار الثاني لطلاقها موجب لبقائها على نكاحه فلم يجز لغيره أن ينكحها ولا يصدق عليه في طلاقها.

فصل: وإذا طلق الحر زوجته الأمة ثلاثاً فوطئها السيد بملك اليمين لم يحل به للزوج؛ لأن الله تعالى إنما أحلها بالإصابة من زوج، ولو اشتراها الزوج قبل أن يستحل بزوج فهل تحل له قبل إصابة زوج أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تحل؛ لأن إصابة الزوج شرط في عقد النكاح لا في ملك اليمين.

والوجه الثاني: أنها لا تحل له إلا بعد إصابة زوج؛ لأنها محرمة العين عليه إلا بوجود هذا الشرط.

فصل: وإذا تزوجها ثانٍ فوجدها على فراشه فظنها أجنبية فوطئها قاصداً بوطئها

الزنى حلّت بهذا الوطء للزوج الأول، لأنه وطء صادف نكاحاً صحيحاً ، وإن قصد به أن يكون سفاحاً ولو آوى إلى فراشه فوجد فيه امرأة فظنها زوجته فوطئها، ثم بان أنها هذه المطلقة ثلاثاً، لم تحل بهذا الوطء للزوج الأول؛ لأنه وطء في غير عقد، وإن اعتقد الواطىء أنه في عقد والله أعلم بالصواب .

بَـابُ الإِيلَاءِ

مُخْتَصَرٌ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الإِيلَاءِ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ وَالإِمْلَاءِ وَمَا دَخَلَ فِيهِ مِنَ الأَمَالِي

عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَمِنْ مَسَائِلِ ابْنِ القَاسِمِ مِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قال اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ الآية [البقرة: ٢٢٦]».

قال الماوردي: أما الإيلاء في كلامهم فهو الحلف، يقال آلى يولي إيلاء فهو مول إذا حلف فالإيلاء المصدر، وآلى ألية الاسم.

قال جرير:

ولا خير في مال عليه ألية ... ولا في يمين عقدت بالمآثم(١)

وجمع الألية آلايا، قال الشاعر.

قليل الآلايا حافظ ليمينه ... وإن بدرت منه الألية برت(٢)

فإن اشتققت الأفتعال من الألية قلت أيتلى يأتلي إيتلاء، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُوا الفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي ٱلْقُرْبَى﴾ [النور: ٢٢].

فالإيلاء في اللغة هي كل يمين حلف بها حالف على زوجة، أو غير زوجة في طاعة أو معصية.

فأما الإيلاء في الشرع: فهو الحلف على زوجته أن لا يطأها مدة يصير بها مولياً على ما سنذكره.

فصل: قال الشافعي في كتاب الأم.

كانت الفرق في الجاهلية بثلاثة أشياء بالطلاق ، والظهار، والإيلاء، فنقل الله تعالى الإيلاء، والظهار عما كانا عليه في الجاهلية من إيقاع الفرقة على الزوجة إلى ما استقر عليه حكمها في الشرع، وبقي حكم الطلاق على ما كان عليه.

والأصل في بيان حكم الإيلاء قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ﴾

---

(١) البيت في ديوان جرير (٥٥٣).
(٢) البيت لكثير عزة ديوانه (٣٢٥).

[البقرة: ٢٢٦] وفي الكلام حذف، وتقديره: للذي يؤلون أن يعتزلوا من نسائهم، فترك أن يعتزلوا اكتفاءاً بما دل عليه ظاهره، وفيه قولان:

أحدهما: أنه لا يكون مولياً إلا بالله تعالى.

والثاني: أنه يكون مولياً بكل يمين التزم بالحنث فيها ما لم يكن لازماً له سواء كان حالفاً بالله تعالى أو بالعتق والطلاق.

وفيما يصير بالحلف عليه مولياً قولان:

أحدهما: اليمين على زوجته أن لا يطأها فيكون يمينه على الامتناع من وطئها هو الإيلاء، وهذا هو قول الشافعي والجمهور ولا يكون مولياً إذا حلف على غير الوطء.

والثاني: أن الإيلاء هو الحلف على مساس زوجته سواء كانت على الوطء أو على غيره إذا قصد الإضرار بها.

وهو قول أبي قلابة وإبراهيم النخعي.

ثم قال سبحانه: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] يعني انتظار أربعة أشهر وهذه أربعة أشهر يؤجل بها المولي، وفيها مذهبان:

أحدهما: أنها أجل مقدر لوقوع الطلاق بعده، وهذا قول أبي حنيفة ومن وافقه.

والثاني: أنها أجل لاستحقاق المطالبة بعدها وهذا قول الشافعي ومن وافقه.

ثم قال ﴿فَإِنْ فَاءُوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] أي رجعوا، والفيئة: الرجوع، فإن الله تعالى قال: ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] أي ترجع، ومنه قول الشاعر.

ففاءت ولم تقض الذي أقبلت له ... ومن حاجة الإنسان مما ليس قاضيا[1]

وفيما أريد بالفيئة ها هنا قولان:

أحدهما: الجماع وهو قول الجمهور.

والثاني: هو المراجعة باللسان بكل ما أزال مساءتها ودفع الضرر عنها، وهذا قول من زعم أن الإيلاء هو اليمين على مساءتها وقصد الإضرار بها ﴿فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فيه تأويلان:

أحدهما: غفور لمآثمه مع وجوب الكفارة عليه، وهذا قول الجمهور.

---

(١) البيت لسحيم ورواية الديوان:

ففادت ولم تقض الذي هو أهله ... ومن حاجة الإنسان ما ليس لاقيا

انظر الديوان ص (١٩).

والثاني: غفور في تخفيف الكفارة وإسقاطها، وهذا قول الحسن، وإبراهيم، ومن زعم أن الكفارة لا تلزم فيما كان الحنث فيه برأ.

﴿وإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧] وفي عزيمته تأويلان:

أحدهما: أن الطلاق أن لا يفيء حتى تمضي أربعة أشهر فتطلق بمضيها، واختلف من قال بهذا في الطلاق الذي يلحقها على قولين:

أحدهما: طلقة بائنة، وهو قول عبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت وابن عباس وأبي حنيفة.

والثاني: طلقة رجعية وهو قول سعيد بن المسيب، وأبي بكر بن عبد الرحمٰن، وابن شبرمة رحمهم الله تعالى.

والتأويل الثاني: أن عزيمة الطلاق أن يطالب بالفيئة، أو بالطلاق بعد أربعة أشهر فلا يفيء ويطلق وهذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأبو الدرداء وعائشة وأكثر الصحابة رضي الله عنهم والتابعين، وبه قال الشافعي وأكثر الفقهاء رضي الله عنهم.

﴿فَإِن اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧] فيه تأويلان:

أحدهما: سميع لإيلائه، عليم بنيته.

والثاني: سميع لطلاقه عليم بصبره.

فصل: اختلف أصحابنافي الإيلاء هل عمل به في صدر الإسلام قبل نسخه.

فقال بعضهم: عمل به قبل النسخ ثم نسخ إلى ما استقر عليه حكمه.

وقال جمهورهم: بل لم يعمل به قبل نسخه.

وإنما روى أبو هريرة وجابر أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهراً فنزل إليهن ليلة تسع وعشرين[1].

وروى ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله أطلقت نسائك فقال «لا، ولكنّي آليت شهراً»[2] وسبب ذلك ما روته عمرة أن هدية بعثت إلى رسول الله ﷺ وهو عند عائشة فقال لها ابعثي إلى النساء بأنصابهن ففعلت وبعثت إلى زينب بنت جحش بنصيبها فردته فقال: زيديها فزادتها فردته فقال: زيديها فزادتها فردته فقال: زيديها فقالت عائشة لقد أقمأتك هذه، فغضب وقال أنتن أهون على الله من أن تقمئنني وآلى منهن شهراً وصعد إلى مشربته فتخلى فلما مضت تسعة وعشرون

---

(١) أخرجه البخاري (٣/٣٥) ومسلم (١١٠٧) والبيهقي (٣٨١/٧) وأحمد (٣١/٢) وابن أبي شيبة (٨٦/٣).

(٢) أخرجه البخاري (٤٢/٧) والنسائي (١٦٦/٦) والطبراني (٤٣٤/١١).

ليلة نزل إليهن[1] والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى أَنْ لَا سَبِيلَ عَلَى المَوْلَى لامْرَأَتِهِ حَتَّى يَمْضِيَ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ كَمَا لَوِ ابْتَاعَ بَيْعاً أَوْ ضَمِنَ شَيْئاً إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ سَبِيلٌ حَتَّى يَمْضِي الأَجَلُ وَقَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ أَدْرَكْتُ بِضْعَةَ عَشَرَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ كُلُّهُمْ يُوقِفُ المَوْلَى. وَكَانَ عَلِيٌّ وَعُثْمَانُ وَعَائِشَةُ وَابْنُ عُمَرَ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ يُوقِفُونَ المَوْلَى».

قال الماوردي: أصل هذا اختلاف الفقهاء في المدة التي يصير بها مولياً يؤخذ بحكم الإيلاء على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه يكون مولياً إذا حلف على الامتناع من وطئها في أي زمان كان قل أو كثر، وهذا مذهب الحسن البصري وابن أبي ليلى؛ لأنها يمين تمنعه من الوطء فأشبه الزمان المقدر.

والثاني: أن لا يكون مولياً حتى يحلف على الامتناع من وطئها على الأبد، فإن قدر ذلك بزمان وإن طال لم يكن مولياً، وهذا مذهب ابن عباس؛ لأنه إذا قدره بزمان قدر على الخلاص بمضي الزمان من غير ضرر فلم يصر مولياً كما لو حلف على الامتناع من وطئها في مكان دون مكان.

والثالث: أن مدة الإيلاء تقدر بزمان لا يكون مولياً في أقل منه ويكون مولياً في أكثر منه وذلك أربعة أشهر مدة التربص التي ضربها الله تعالى للمولى أجلاً وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه، ومالك وأبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها أكثر المدة التي يصبر النساء فيها عن الرجال، وحكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يطوف ذات ليلة بالمدينة ليعرف أحوال ذوي الحاجات فمر بدار فسمع فيها صوت امرأة تقول:

ألا طال هذا الليل وازور جانبه	وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره	لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني	وأكرم زوجي أن تنال مراكبه

فسأل عنها فذكر إنها قد غاب عنها في بعث الجهاد، فلما أصبح دعا بنساء عجائز وسألهن: كم تصبر المرأة عن الرجل فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ، فضرب لأجل المجاهد أربعة أشهر وكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر وكتب إلى زوج المرأة فاستدعاه وقال: الحق سريرك قبل أن تتحرك جوانبه.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في «الحلية»(٩/ ٤٠) وابن سعد.(٨/١٥٣).

(٢) انظر طبقات ابن السبكي(١/ ٢٨٤) المغني لابن قدامة (٨/ ٥٠٧).

فصل: فإذا ثبت أن مدة التربص في الإيلاء ما أجل الله فيه، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يصر مولياً عند الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة، وإن حلف على أكثر من أربعة أشهر كان مولياً عندهم، وإن حلف على أربعة أشهر سواء كان مولياً عند أبي حنيفة لأنه يجعل المدة أجلاً لوقوع الطلاق بها، ولم يكن مولياً عند الشافعي ومالك لأنهما يجعلان المدة أجلاً لاستحقاق المطالبة بعدها.

وعلى هذا الخلاف ينبني استحقاق المطالبة فعند أبي حنيفة يستحق عليه المطالبة بحكم الإيلاء من الفيئة قبل مضي الأربعة الأشهر فإذا مضت قبل أن يفيء طلقت.

وعند الشافعي ومالك: إنها لا تستحق المطالبة إلا بعد مضي أربعة أشهر، فإذا مضت قبل أن يفيء استحقت مطالبته بالفيئه أو الطلاق فصار الخلاف مع أبي حنيفة في فصلين:

أحدهما: استحقاق المطالبة عند أبي حنيفة: أنه مستحق قبل انقضاء المدة وعند الشافعي أنه مستحق بعدها.

والثاني: الطلاق عند أبي حنيفة: أنه يقع بمضي المدة طلقة بائنة.

وعند الشافعي: أنه لا يقع الطلاق بانقضاء المدة حتى يطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق فإن لم يفيء أخذ بإيقاع الطلاق.

وبه قال من الصحابة عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وعائشة، وأبو الدرداء.

ومن التابعين عطاء ومجاهد، وطاوس وسليمان بن يسار.

ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.

وروى الشافعي عن سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر رجلاً من الصحابة كلهم، يوقف المولى[(١)] يعني بعد أربعة أشهر.

وروى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال سألت أثني عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ عن المولى فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر[(٢)].

فصل: فأما أبو حنيفة فاستدل على استحقاق المطالبة بالفيئة في المدة ووقوع الطلاق بانقضائها بقوله تعالى: **﴿للذي يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** الآية إلى قوله: **﴿فإن الله سميع عليم﴾** [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧].

قال وفيها ثلاثة أدلة:

أحدها: أن عبدالله بن مسعود قرأ **﴿فَإِنْ فَاءوا فِيهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾** [البقرة: ٢٢٦].

(١) أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/٤٢) والدارقطني (٤/٦٢).
(٢) أخرجه الدارقطني (٤/٦١) والبيهقي (٧/٣٧٧).

فأضاف الفيئة إلى المدة فدل على استحقاق الفيئة فيها، وهذه القراءة وإن تفرد ابن مسعود بها تجري مجرى خبر الواحد في وجوب العمل به.

والدليل الثاني منها: أن الله تعالى جعل مدة الإيلاء أربعة أشهر فلو كانت الفيئة بعدها لزادت على مدة النص وذلك لا يجوز.

والدليل الثالث منها: أنه لو وطئها في مدة الإيلاء وقعت الفيئة موقعها فدل على استحقاق الفيئة فيها قال: ولأنها مدة شرعية ثبتت بالقول فيتعلق بها الفرقة فوجب أن تتعقبها البينونة كالعدة؛ ولأنه قول تعلق به الفرقة إلى مدة فوجب أن يقع بانقضائها كما لو قال: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق.

ودليلنا قول الله تعالى: **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** [البقرة: ٢٢٦] وفي هذه الآية ستة أدلة:

أحدها: أنه أضاف مدة الإيلاء إلى الأزواج بقوله تعالى: **﴿للذين يؤلون﴾** فجعل المدة لهم ولم يجعلها عليهم، فوجب أن لا تستحق المطالبة إلا بعد انقضائها كأجل الدين.

والدليل الثاني: قوله: **﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾** [البقرة: ٢٢٦] فذكر الفيئة بعد المدة بفاء التعقيب فوجب أن يستحق بعدها، كما قال تعالى: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩] فاقتضت فاء التعقيب أن يكون الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان بعد طلاق المرتين.

فإن قيل فاء التعقيب في المدة يوجب أن يكون بعد الإيلاء لا بعد المدة فهي محمولة على موجبها، قيل قد تقدم في الآية ذكر الإيلاء ثم تلاه المدة ثم تعقبها ذكر الفيئة فإذا أوجبت الغاء التعقيب بعد تقدم ذكره لم يجز أن يعود إلى أبعد المذكورين ووجب أن يعود إليهما أو إلى أقربهما، وعلى أي هذين الأمرين كان فهو قولنا.

والدليل الثالث: قوله: **﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾** [البقرة: ٢٢٧] فجعله واقعاً بعزم الأزواج لا بمضي المدة، وليس انقضاء المدة عزيمة وإنما العزم ما عده من فعله كما قال تعالى: **﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾** [البقرة: ٢٣٥] فإن قا. فترك الفيئة عزم على الطلاق، قيل العزم ما كان عن اختيار وقصد وهو لم يقصد ترك الوطء لشهوة، ووقع الطلاق عندهم وإن لم يكن من عزمه.

والدليل الرابع: أن الله تعالى خيره في الآية بين أمرين الفيئة أو الطلاق، والتخيير بين أمرين لا يكون إلا في حالة واحدة كالكفارات ولو كان في حالتين لكان ترتيباً ولم يكن تخييراً.

والدليل الخامس: أن التخيير بين أمرين يوجب أن يكون فعلهما إليه ليصح منه اختيار فعله وتركه ولو لم يكن له فعله لبطل حكم خياره.

والدليل السادس: ذكره ابن سريج أن الله تعالى قال: ﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾ [البقرة: ٢٢٧] فاقتضى أن يكون الطلاق عن قول مسموع، فإن قيل: معناه أنه لم يزل سميعاً عليماً قال: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ واعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٤٤] قيل لا يجوز حمله على هذا لأنه معقول بغير هذه الآية، وكذا في آية الجهاد سميع لقولهم في التحريض، عليم بنيتهم في الجهاد، ومن طريق المعنى هو أنها مدة تقدرت بالشرع لم تتقدمها الفرقة فوجب أن لا يقع بها البينونة كأجل العنة وقولنا تقدرت بالشرع احترازاً من قوله: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق وقولنا لم تتقدمها الفرقة احترازاً من العدة، ومن أصحابنا من علل هذا الأصل بأوضح من هذا التعليل، فقال؛ لأنها مدة شرعت في النكاح بجماع منتظر فوجب أن لا يقع بها الفرقة كأجل العنة، ولأنها يمين بالله تعالى توجب الكفارة فلم يقع بها الطلاق كسائر الأيمان وكالإيلاء على أقل من أربعة أشهر؛ ولأنه لفظ لا يصح أن يقع به الطلاق المعجل فوجب أن لا يقع به الطلاق المؤجل كالظهار؛ ولأن الإيلاء قد كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ كالظهار فلم يجز أن يقع به الطلاق؛ لأنه استيفاء حكم منسوخ؛ ولأن الطلاق يقع بصريح أو كناية وليس الإيلاء صريحاً فيه ولا كناية لأنه لو كان صريحاً لوقع معجلاً إن أطلق أو إلى الأجل المسمى إن قيده ولو كان كناية لرجع فيه إلى نيته وليس الإيلاء كذلك ولا ينتقض هذا الاستدلال باللعان حيث وقعت به الفرقة وإن لم صريحاً ولا كناية؛ لأن اللعان يوقع الفسخ ولا يوقع الطلاق، والفسخ يقع بغير قول والطلاق لا يقع إلا بقول.

وأما الجواب عن الآية بقراءة ابن مسعود فهو أنه لم ينقلها ثقاة من أصحابه فشذت، والشاذ متروك، ولو ثبتت وجرت مجرى خبر الواحد لحملت على جواز الفيئة في مدة التربص.

وأما الجواب عن قولهم: إنكم تزيدون على مدة التربص، فهو أننا لا نزيد عليها وإنما نقدر بها مطالبة الفيئة في مدة التربص.

وأما الجواب عن قولهم: إن جواز الفيئة فيها دليل على استحقاقها فيه فهو باطل بالدين المؤجل يجوز تقديمه قبل أجله ولا يدل ذلك على استحقاقه فيه.

وأما الجواب عن قياسهم على العدة مع انتقاضه بمدة العنة فهو أن المدة فيها لما تقدمتها الفرقة جاز أن تقع بها البينونة، ولما لم تتقدم مدة الإيلاء لم يجز أن تقع بها الفرقة.

وأما الجواب عن قياسهم إذا علق طلاقها بمضي أربعة أشهر مع انتقاضه بمدة العنة، إن المعنى فيه أنه لو علق بأقل من أربعة أشهر وقع قبلها ولو علق بأكثر من أربعة

أشهر لم يقع قبلها وليس الإيلاء عندهم كذلك والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلِيُّ المَوْلَى مَنْ حَلَفَ بِيَمِينٍ يَلْزَمُهُ بِهَا كَفَّارَةٌ وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَى نِفْسِهِ شَيْئاً يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا أَوْجَبَهُ فَأَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ إِنْ جَامَعَ امْرَأَتَهُ فَهُوَ فِي مَعْنَى المَوْلَى».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الإيلاء يمين يحلفه بها على الامتناع من وطئها، فإن كانت هي اليمين لا يجب عليه بالحنث فيها شيء كاليمين بالمخلوقات كالأنبياء، والملائكة والسماء والعرش لم يكن مولياً، لأنه خارج عن حكم الأيمان فخرج عن حكم الإيلاء، وإن أوجب عليه الحنث في يمينه شيئاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون يمينه بالله تعالى، أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفات ذاته يجب عليه بالحنث فيها كفارة فهذا مولى يؤخذ بحكم الإيلاء.

والضرب الثاني: أن يكون بغير الله تعالى وهو أن يحلف بالعتق، أو الطلاق، أو الصدقة، أو الصيام كأن قال: إن وطئتك فعبدي حر أو أنت طالق، أو عمرة طالق لزوجة له أخرى أو مالي صدقة أو علي الحج إلى بيت الله، أو صيام يوم أو صلاة ركعتين، أو اعتكاف شهر إلى ما جرى هذا المجرى من الأيمان التي إذا حنث فيها لزمه ما لم يكن لازماً له فيكون حالفاً وهل يصير بهذا الحلف مولياً يؤخذ بحكم الإيلاء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم لا يكون مولياً ما لم يحلف بالله تعالى لقول الله سبحانه: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ثم قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٥٥] يعني بالله، ثم قال: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فعطف به على اليمين بالله فاقتضى أن لا يكون مولياً إلا به؛ ولأن مطلق الأيمان محمولة عرفاً وشرعاً على اليمين بالله، أما العرف فلأنه إذا قيل فلان قد حلف لم يعرف منه إلا الحلف بالله إلا أن يقيد فيقال حلف بالعتق أو الطلاق، وأما الشرع فلقول النبي ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت[1]» فوجب أن يكون إطلاق الإيلاء محمولاً على هذا المعهود من عرف، أو شرع، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وغفران المآثم يتوجه إلى الأيمان بالله تعالى دون العتق والطلاق.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٥/٣) ومسلم (١٢٦٧/٣) وأحمد (٥٢٠/٢) والدارمي (١٨٥/٢) والبيهقي (٢٨/١٠) والحميدي (٦٨٦).

ولأن الإيلاء هو الذي يستضر بالحنث فيه فليتزم ما لم يكن لازماً له، واليمين بالعتق والطلاق قد لا يستضر بالحنث فيها وهو أن يطأ بعد بيع عبده أو طلاق زوجته فلا يلتزم بالحنث بالوطء فوجب أن لا يكون مولياً كما لو قال والله لا وطئتك في هذه الدار أو في هذا البلد لم يكن مولياً وإن كان حالفاً لأنه قد يطأها في غير تلك الدار، وفي غير ذلك البلد فلا يحنث.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنه يكون مولياً سواء كانت يمينه بالعتق أو بالطلاق أو كانت بالصلاة والصيام.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً إذا حلف بالصلاة والصيام ويكون مولياً إذا حلف بالعتق والطلاق، ولا فرق بينهم على القولين، ووجه قولنا أنه يكون مولياً بجميع ذلك قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ فكان على عمومه في كل حالف، وإذا كان اللفظ مطلقاً كان إجراؤه على العموم أولى من حمله على الخصوص، ولأنها يمين يلتزم بالحنث فيها ما لم يلزمه فاقتضى أن يكون مولياً كاليمين بالله تعالى ولأن الإيلاء ما أدخل الضرر على المولى وقد يكون الضرر في يمينه بالعتق والطلاق من الضرر من يمينه بالله فكان أولى أن يكون بهما مولياً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه القولين فعلى الثاني منهما يكون التفريع، فإذا قال: إن وطئتك فعبدي حر عتق بوطئها، ولو قال: فلله علي أن أعتقه لم يعتق بالوطء وكان مخيراً بين عتقه أو كفارة وهو في الحالين مولى، ولو قال: إن وطئتك فزينب طالق فوطئها طلقت زينب ويكون مولياً، ولو قال؛ إن وطئتك فعلي طلاق زينب لم يكن مولياً؛ لأنه إن وطئها لم تطلق زينب ولم يلزمه طلاقها بخلاف العتق، ولو قال إن وطئتك فلله علي أن أقف داري كان مولياً، ولو قال فداري وقف لم يكن مولياً بخلاف العتق؛ لأنه لا يصير بوطئها وقفاً ويصير العبد بوطئها حراً ولو قال إن وطئتك فأنت علي حرام أو قال ذلك لزوجة له أخرى، فإن أراد بالحرام الطلاق كان مولياً وإن أراد به تحريم الوطء كان مولياً؛ لأنه يجب عليه بالتحريم كفارة يمين، وإن لم يكن له إرادة فعلى وجهين من اختلاف أصحابنا هل تجب عليه بإطلاق ذلك كفارة، فإن قيل: إنها تجب كان مولياً، وإن قيل لا تجب لم يكن مولياً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلاَ يَلْزَمُهُ الإِيلاَءُ حَتَّى يُصَرِّحَ بِأَحَدِ أَسْمَاءِ الجِمَاعِ الَّتِي هِيَ صَرِيحَةٌ وَذَلِكَ قَوْلُهُ وَاللَّهِ لاَ أَنِيكُكِ وَلاَ أُغَيِّبُ ذَكَرِي فِي فَرْجِكِ أَوْ لاَ أُدْخِلُهُ فِي فَرْجِكِ أَوْ لاَ أُجَامِعُكَ أَوْ يَقُولُ إِنْ كَانَتْ عَذْرَاءَ وَاللَّهِ لاَ أَفْتَضُّكِ أَوْ مَا فِي مِثْلِ هَذَا المَعْنَى

فَهُوَ مُولٍ فِي الحُكْمِ (وَقَالَ فِي القَدِيمِ) لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أَطَؤُكِ أَوْ لاَ أَمسّكِ أَوْ لاَ أُجَامِعكِ فَهَذَا كُلُّهُ بَابٌ وَاحِدٌ كُلَّمَا كَانَ لِلْجِمَاعِ اسْمٌ كُنِّيَ بِهِ عَنْ نَفْسِ الجِمَاعِ فَهُوَ وَاحِدٌ وَهُوَ مُولٍ فِي الحُكْمِ قُلْنَا مَا لَمْ يَنْوِهِ فِي لاَ أَمَسُّكِ فِي الحُكْمِ فِي القَدِيمِ وَنَوَاهُ فهي الجَدِيدِ وَأَجْمَعُ قَوْلِهِ فِيهِمَا بِحلفِهِ لاَ أُجَامِعكِ أَنَّهُ مُولٍ وَإِنْ احْتَمَلَ أُجَامِعكِ بِبَدَنِي وَهَذَا أَشْبَهُ بِمَعَانِي العِلْمِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أُبَاشِرُكِ أَوْ لاَ أُبَاضِعكَ أَوْ لاَ أَمسُّكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا فَإِنْ أَرَادَ جَمَاعاً فَهُوَ مَوْلٍ وَإِنْ لَمْ يُرِدْهُ فَغَيْرُ مُولٍ فـي الحُكْمِ».

قال الماوردي: وجملة الألفاظ التي يستعلمها في الإيلاء تنقسم خمسة أقسام:

أحدها: ما كان صريحاً في الظاهر والباطن.

والثاني: ما كان صريحاً في الظاهر كناية في الباطن.

والثالث: ما كان كناية في الظاهر والباطن.

والرابع: ما كان مختلفاً فيه.

والخامس: ما لم يكن صريحاً ولا كناية.

فأما القسم الأول: وهو ما كان صريحاً في الظاهر والباطن فهو والله لا أنيكك أولا أدخل ذكري في فرجك أولا أغيبه فيه أو لا أفتضك بذكري وهي بكر فهذا صريح في الإيلاء ظاهراً وباطناً به مولياً أرد به الإيلاء أم لم يرد، فيكون مولياً في الأحوال الثلاث إذا أراد به الإيلاء وإذا أطلق وإذا لم يرد، فأما إذا قال في البكر: لا أفتضك ولم يقل بذكري فمن أصحابنا من جعله من هذا القسم صريحاً في الظاهر والباطن، ومن أصحابنا من جعله من القسم الثاني لاحتماله أن لا يقتضها بيـده.

وأما القسم الثاني: وهو ما كان صريحاً في الظاهر كناية في الباطن فهو قوله: والله لا وطئتك ولا جامعتك فهو صريح في الظاهر اعتباراً بالعرف في هذا اللفظ فيجعله به مولياً في الحكم وكناية في الباطن لاحتمال أن يريد لا أطؤكِ بقدمي ولا أجامعك أي لا اجتمع معك فيدين فيه إن لم يرد به الإيلاء فيصير بذلك مولياً في حالتين: إذا أردا به الإيلاء، وإذا أطلق، ولا يكون مولياً في حالة واحدة وهو إذا لم يرد به الإيلاء، فإن قال والله لا وطئتك بذكري ولا جامعتك بفرجي فمن أصحابنا من جعله من القسم الأول صريحاً في الظهر والباطن لخروجه بذكر الفرج عن حال الاحتمال.

ومن أصحابنا من جعله من هذا القسم صريحاً في الظاهر دون الباطن ولم يخرجه ذكر الفرج من حد الاحتمال لأنه يحتمل لا أطؤكِ بفرجي ولا أجامعكبذكري دون الفرج فلذلك صار صريحاً في الظاهر كناية في الباطن.

وأما القسم الثالث: وهو ما كان كناية في الظاهر والباطن فهو كقوله والله لأسوأنك والله لا قربتك أو والله لا أجمع رأسي برأسك أو لا ضمَّنا بيت أو لا ضاجعتك أو لتطولن غيبتي عنك إلى ما جرى هذا المجرى من الألفاظ المحتملة للوطء وغيره فتكون كناية في الظاهر والباطن لا يكون به مولياً إلا مع الإرادة فيصير به مولياً في حالة واحدة وهي مع وجود الإرادة ولا يكون به مولياً في حالتين: وهو إذا أطلق أو لم يرد الإيلاء.

وأما القسم الرابع: وهو ما كان مختلفاً فيه فهو ثلاثة ألفاظ، لا باضعتك ولا باشرتك ولا مسستك ففي هذه الألفاظ الثلاثة قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، أن ذلك يكون صريحاً في الظاهر كناية في الباطن كالقسم الثاني، فيكون به مولياً في حالتين إن أراد أو أطلق، ولا يكون به مولياً في حالة واحدة وهو إذا لم يرد لأن المباضعة مفاعلة من البضع وهو الفرج ، والمسيس والمباشرة قد تعلق عليهما في الشرع حكم الوطء.

والقول الثاني: وهوقوله في الجديد أنه كناية في الظاهر والباطن كالقسم الثالث فلا يكون به مولياً في حالتين: إذا أطلق أم لم يرد، ويكون به مولياً في حالة واحدة إذا أراد.

واختلف أصحابنا في ثلاثة ألفاظ: لا أصبتك، ولا غشيتك، ولا لمستك، فمنهم من أجراها مجرى هذا القسم في أنها على قولين، ومنهم من أخرجها منه وجعلها من القسم الثالث كناية في الظاهر والباطن.

وأما القسم الخامس: وهو ما لم يكن صريحاً ولا كناية فهو كقوله لا أوحشتك أو لا أحزنتك أو لا كسوتك أولا أطعمتك أو لا أشربتك أولا ضربتك فهذا وما شاكله لا يكون به مولياً في الأحوال الثلاث لا إن أطلق، وإلا إن لم يرد ولا إن أراد كالذي لا يكون صريحاً ولا كناية من الطلاق ولا يقع به الطلاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** رضي الله عنه وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أُجَامِعُكِ فِي دُبُرِكِ فَهُوَ مُحْسِنٌ وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكِ شَيْءٌ أَوْ لأَسُوأَنَّكِ أَوْ لَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا فَلاَ يَكُونُ بِذَلِكَ مُولِياً إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ جِمَاعاً وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَيَطُولَنَّ تَرْكِي لِجِمَاعِكِ فَإِنْ عَنَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وهو مما لا يكون به مولياً، لأن الشرع يمنعه من الوطء في الدبر فلم يمتنع باليمين إلا مما هو ممنوع منه فلذلك لم يكن مولياً، ولو

قال: والله لا أغتسلت منك من جنابة كان كناية لا يكون به مولياً إلا مع الإرادة؛ لأنه قد يحتمل أن يجب عليه الغسل بوطء غيرها فلا يجب عليه بوطئها أو قد يولج فيكسل ولا ينزل فلا يغتسل على قول من يرى ذلك مذهباً وبهذا الوطء يسقط حكم الإيلاء فلذلك صار كناية، ولو قال: والله لا جامعتك جماع سوء كان كناية، فإن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج كان مولياً وإن أراد به قوة الجماع أو ضعفه لم يكن مولياً، ولو قال: والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن مولياً سواء أراد بهذا المكروه أو غير المكروه لأن يمينه على فعل هذا الجماع يمنعه من غيره من الجماع، ولو قال: والله ليطولن تركي لجماعك فإن عنى به أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رضي الله عنه «وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ قَالَ إِذَا مَضَتْ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ فَوَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ سَنَةً فَوقفَ فِي الأُولَى فَطَلَّقَ ثُمَّ ارْتَجَعَ فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَعْدَ رَجْعَتِهِ وَبَعْدَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ وقفَ فَإِنْ كَانَتْ رَجْعَتُهُ فِي وَقْتٍ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ فِيهِ مِنَ السَّنَةِ إِلاَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَقَلُّ لَمْ يُوقَفْ لأَنِّي أَجْعَلُ لَهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ يَحِلُّ لَهُ الفَرْجُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ويتعلق بمسطور هذه المسألة أربعة فروع ذكر الشافعي في كتاب «الأم» بعضها.

فأما المسطور فصورتها في رجل قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا مضت خمسة أشهر فوالله لا وطئتك سنة فهذه يمينان على زمانين لا يدخل أحدهما في الآخر

ويكون بكل واحد منهما مولياً ولا يكون الوطء في إحداهما وطء في الأخرى ولا طلاق إحداهما طلاقاً في الأخرى سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً وإذا كان كذلك فمدة الإيلاء الأول خمسة أشهر فيوقف فيها بعد يمينه، فإذا مضت أربعة أشهر طولب بالفيئة أو الطلاق ومدة الإيلاء الثاني سنة فيوقف فيها من أول السنة وبعد مضي الخمسة الأشهر إن كانت على الإباحة فإذا مضت منها أربعة أشهر وذلك بعد تسعة أشهر مع الإيلاء الأول طولب حينئذ بالفيئة أو الطلاق، ثم نشرح حكم كل واحد منهما فنقول له فيهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يفيء فيهما.

والثاني: أن يطلق فيهما.

والثالث: أن يفيء في الأول ويطلق في الثاني.

والرابع: أن يطلق في الأول ويفيء في الثاني.

فأما الحال الأول: وهو أن يفيء في الإيلاء الأول ويفيء في الإيلاء الثاني، فيكون حكمه أن الإيلاء الأول إذا مضى له فيه أربعة أشهر بعد يمينه وطولب بالفيئة، أو الطلاق ففاء ووطيء سقط حكم الإيلاء الأول، بوطئه ولزمته الكفارة بحنثة، فإن وطيء في بقية الشهر الخامس منه لم يتعلق بوطئه حنث ولا يسقط به حكم الإيلاء الثاني؛ لأنه في غير زمانه فإذا أنقضى الشهر الخامس فهو أول زمان وقفه في الإيلاء الثاني لدخول السنة بانقضائه، فإذا مضت أربعة أشهر فقد تقضى زمان الوقف من الإيلاء الثاني طولب فيه بالفيئة أو الطلاق، فإذا فاء فيه ووطيء سقط حكمه ولزمته الكفارة بحنثه ولا يوقف بعد وطئه إن كانت السنة باقية ويكون وطؤه في باقيها كوطئه بعد انقضائها.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يطلق في الإيلاء الأول ويطلق في الإيلاء الثاني، فإذا طلق بعد مضي أربعة أشهر من الإيلاء الأول فلا يخلو أن ترجع إليه الزوجة بعد الطلاق أو لا ترجع إليه، فإن لم ترجع إليه سقط إيلاؤه وبقيت يمينه لأن الإيلاء لا يكون إلا في زوجة واليمين يكون في زوجة وغير زوجة، وإن رجعت إليه فعلى ضربين:

أحدهما: أن ترجع إليه بمراجعتها في العدة.

والثاني: بعقد نكاح بعد انقضاء العدة، فإن رجعت إليه بالرجعة في العدة كان الإيلاء الثاني باقياً بحاله؛ لأن النكاح الذي آلى فيه باقياً بعد الرجعة وإذا كان كذلك نظر في حال رجعته فإن كانت في بقية الشهر الخامس من الإيلاء الأول لم يعقد عليه بباقية وكان حالفاً فإن وطيء باليمين الأول، وإن كان بعد طلاقه ورجعته فإذا مضى بقية الشهر الخامس استوقف له مدة الوقف في الإيلاء الثاني، وإن كانت رجعته بعد انقضاء الشهر الخامس وبعد دخول السنة من الإيلاء الثاني فأول مدة الوقف بعد رجعته ولا يحتسب عليه ما مضى من السنة قبلها لأنها كانت محرمة عليه لا يقدر على إصابتها، فإذا مضت أربعة أشهر بعد رجعته طولب بالفيئة أو الطلاق، فإذا طلق فيه سقط حكم الإيلاء بالطلاق ولم يسقط حكم اليمين بالحنث، فإذا راجع فيه بعد طلاقه استؤنف له الوقف إن كان الباقي من السنة بعد رجعته أكثر من أربعة أشهر فإذا مضت طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فمعلوم بعد الوقفين أنه قد استوفى الطلاق الثلاث وأن الباقي من السنة أقل من أربعة أشهر فلا يكون مولياً فيها، ويكون حالفاً كمن حلف إن لا يطأ أقل من أربعة أشهر يكون حالفاً ولا يكون مولياً، وكذلك لو كان الباقي من السنة بعد الرجعة الأولى من الوقف الأول أربعة أشهر فما دون كان فيها حالفاً ولم يكن مولياً، فأما إذا عادت إلى الزوج في الإيلاء الأول بعقد نكاح بعد انقضاء العدة ولم تعد إليه

بالرجعة في العدة، فهل يعد إيلاؤه في النكاح الأول ويستقر حكمه في النكاح الثاني أم لا على ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أنه لا يعود الإيلاء إن كان على يمينه؛ لأن الإيلاء كالطلاق وأنهما لا يصحان إلا في زوجة وأن الطلاق والإيلاء لا يصحان قبل النكاح، والإيلاء في النكاح الأول قبل النكاح الثاني فلم يصح، فعلى هذا لا يوقف.

والقول الثاني: أنه يعود الإيلاء لبقاء اليمين، وأن عقده موجود في نكاح فأشبه النكاح استدامة ذلك النكاح، فعلى هذا يوقف فيه للإيلاء الثاني فيكون الوقف فيه كالوقف بعد الرجعة.

القول الثالث: أنه إن كان الطلاق في النكاح الأول بائناً وهو الثلاث أو دونها بعوض لم يعد الإيلاء ولم يوقف لها وكان حالفاً إن وطىء حنث، وإن كان رجعياً فنكحها بعد انقضاء العدة منه عاد الإيلاء واستؤنف له الوقف كما يستأنف بعد الرجعة، ويكون حكمه على ما مضى.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يفيء بالوطء في الإيلاء الأول ويطلق في الإيلاء الثاني [فقد سقط إيلاؤه الأول بوطئه فيه ويستأنف له الوقف في الإيلاء الثاني][1] بعد انقضاء الأول، فإذا مضت أربعة أشهر من أول الإيلاء الثاني وذلك بعد تسعة أشهر بعد يمينه يقضي به زمان الوقف فيه فطولب بالفيئة أو الطلاق، فإذا طلق فيه فإن لم يرجع إليه حتى مضت السنة سقطت يمينه وزال إيلاؤه لتقضي زمانه، وإن عادت إليه قبل انقضائها فعلى ما ذكرناه من الضربين، إن عادت برجعة في العدة وكان الباقي من السنة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً واستؤنف له وقف أربعة أشهر وطولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق، وإن كان الباقي منها أربعة أشهر فما دون لم يكن فيها مولياً لقصورها عن مدة الوقف، وكان فيها حالفاً ولم يكن مولياً، فإن كان الباقي منها يبلغ مدة الوقف وهو أن يكون أكثر من أربعة أشهر فهل يعود الإيلاء أم لا، وعلى ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة.

فصل: وأما الحال الرابعة: وهو أن يطلق في الإيلاء الأول ويفيء في الإيلاء الثاني، فلا كفارة عليه في الإيلاء الأول لعدم وطئه فيه وقد سقط عند حكم المطالبة بطلاقه فيه، ويكون حكم طلاقه في هذا الإيلاء الأول من هذا القسم كحكمه لو طلق فيهما ويكون وطؤه في الإيلاء الثاني موجباً للكفارة مسقطاً للإيلاء كحكمه لو وطىء فيه مع الإيلاء الأول، ولا فرق في الطلاق بين أن يكون هو المطلق وبين أن يمتنع فيطلق عليه الحاكم في أنه يكون على ما مضى، إلا أنه إذا كان هو المطلق فهو مخير بين الطلاق الرجعي والبائن وإذا كان الحاكم هو المطلق فليس إلا الواحدة الرجعية، لأنه

(١) سقط في أ.

أقل ما يخرج به من حكم الإيلاء فأما إن لم يكن منه واحد من الإيلائين وطيء ولا طلاق حتى انقضى زمانهما فقد ارتفعت اليمين فيهما وسقط حكمها ثم ينظر فإن كان هذا لعفو الزوجة عن مطالبته لم يأثم، لأنه حق لها يجوز لها العفو عنه، وإن كانت قد طالبته فدافعها كان آثماً لاستدامة الإضرار بها مدة يمينه، ولا شيء لها عليه بعد تقضي زمانه.

فصل: فأما الفرع الأول من فروع هذه المسألة فهو أن يقول لها والله لا وطئتك خمسة أشهر ثم يقول والله لا وطئتك سنة فتدخل المدة الأولى في المدة الثانية لأن الأقل داخل في الأكثر كما لو قال له علي مائة درهم ثم قال له علي ألف درهم، دخلت المائة في الألف وإذا كان كذلك فهما إيلاء واحد بيمينين يوقف فيهما وقفاً واحداً، لكونه إيلاءاً واحداً إلا أن الخمسة الأشهر معقودة بيمينين وما بعدها من تمام السنة معقودة بيمين واحدة، فإن فاء ووطيء بعد مضي خمسة أشهر فعليه كفارة واحدة لأنه معقود بيمين واحدة، وإن فاء ووطيء في الخمسة الأشهر فهو حنث بيمينين ففيما يلزمه من الكفارة قولان:

أحدهما: كفارتان لأنه حنث في يمينين.

والقول الثاني: كفارة واحدة لأن الحنث فيهما واحداً.

فصل: وأما الفرع الثاني فهو: أن يقول والله لا وطئتك سنة ثم يقول والله لا وطئتك خمسة أشهر، فهل تدخل الخمسة الأشهر في السنة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تدخل فيها إذا تأخرت كما تدخل فيها إذا تقدمت، فعلى هذا يكون إيلاءاً واحداً على سنة واحدة، بعضها بيمين واحدة وهي سبعة أشهر من أولها إن حنث فيه لزمته كفارة واحدة وخمسة أشهر بعدها بيمينين إن حنث فيهما فعلى قولين:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: كفارتان.

والوجه الثاني: أن الخمسة أشهر لم تدخل في السنة إذا تأخرت، وإن دخلت فيها إذا تقدمت لأن له الزيادة على المدة، وليس له النقصان منها فإذا كان الثاني ناقصاً وليس له النقصان حمل على الاستئناف فإذا كان الثاني زائداً وله الزيادة حمل على التداخل، فعلى هذا يكون مولياً سنة وخمسة أشهر بيمينين، وهل يكون ذلك إيلاءاً واحداً أو إيلاءين على وجهين:

أحدهما: يكون إيلاءاً واحداً يوقف فيه وقفاً واحداً ولا يجب إذا وطيء في أحد الزمانين إلا كفارة واحدة لأن أحد الزمانين لم يدخل في الآخر.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنهما إيلاءان مدة الأول منهما سنة، ومدة الثاني خمسة أشهر، ويوقف في كل واحد منهما ويضرب له مدة التربص ولا يغنى وقفه في أحدهما عن وقف في الآخر، فإن وطىء فيهما لزمه كفارتان والله أعلم.

فصل: وأما الفرع الثالث فهو أن يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يكون مولياً لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء وليس يتعلق أحدهما بالآخر فلا يوقف في واحد منهما، ويحنث إن وطىء فيهما.

والوجه الثاني: أنه يكون مولياً لأنه قد صار بيمينه ممتنعاً من وطئها ثمانية أشهر متصلة فصار مولياً كما جمعها في يمين واحدة، فعلى هذا يوقف فيهما وقفاً واحداً، وعلى هذا لو قال: والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك سنة فهذا يكون مولياً وفي ابتداء مدة الوقف وجهان:

أحدهما: من بعد مضي الأربعة الأشهر وهذا على الوجه الذي لا تجعله في المسألة الأولى مولياً.

والوجه الثاني: يوقف من أول الأربعة الأشهر وهذا على الوجه الذي تجعله في المسألة الأولى مولياً.

فصل: وأما الفرع الرابع: وهو أن يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر ثم يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر ففي تداخل الزمانين وجهان:

أحدهما: أنهما يتداخلان حملاً على تكرار التأكيد، فعلى هذا لا يكون مولياً لقصوره عن مدة الإيلاء.

والوجه الثاني: لا يتداخلان وتكون مدة المنع ثمانية أشهر لكنها بيمينين، فعلى هذا هل يجري عليه حكم الإيلاء أم لا؟ على وجهين من اختلافهما في الفرع الثاني إذا قال: والله لا وطئتك سنة ووالله لا وطئتك خمسة أشهر، ولم نجعل أحد الزمانين داخلاً في الآخر هل يكون إيلاءاً واحداً أو إيلائين على وجهين إن جعلنا ذلك إيلاءاً واحداً فقلنا: هذا مولياً وإن جعلنا ذلك إيلائين لم نجعل هذا مولياً لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ إِنْ قَرَبْتُكِ فَعَلَيَّ صَوْمُ هَذَا الشَّهْرِ كُلِّهِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً كَمَا لَوْ قَالَ فَعَلَيَّ صَوْمُ يَوْمِ أَمْسِ وَلَوْ أَصَابَهَا وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الشَّهْرِ شَيْءٌ كَانَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ أَوْ صَوْمُ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وهذا التفريع على قوله في الجديد: أن الإيلاء يكون بكل يمين التزم بها ما يلزمه، سواء كانت بالله أو بغيره فأما على قوله في القديم: أن الإيلاء، لا يكون إلا في الحلف بالله تعالى فلا يتفرع عليه هذه المسألة، فإذا قال: إن وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر كان حالفاً ولم يكن مولياً، لأن المولى من لم يقدر على الوطء بعد أربعة أشهر إلا بالتزام ما لم يلزمه، وهو يقدر على وطئها بعد أربعة أشهر ولا يلزمه الصوم بمضي زمانه كما لو قال لها إن وطئتك فعلي صوم أمس لم يلزمه الصوم وإن وطىء لمضى زمانه.

فإذا تقرر أنه لا يكون مولياً فهو حالف فإن لم يطأ حتى انقضى ذلك الشهر فلا شيء عليه إن وطىء بعده، وإن وطىء في هذا الشهر وقد بقيت منه بقية فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الباقي منه يوماً فصاعداً فيكون مخيراً بين صوم باقيه وبين كفارة يمين لأنه نذر لحاج وغضب فكان مخيراً بين حكم النذر وحكم الأيمان.

والضرب الثاني: أن يكون الباقي منه أقل من يوم وذلك أن يطأ في اليوم الأخير منه، ففيه قولان: فيمن نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه زيد.

أحدهما: لا يلزم، فعلى هذا لا شيء على هذا الوطء.

والقول الثاني: يلزم، فعلى هذا يكون هذا الواطىء مخيراً بين صوم يوم وبين كفارة يمين والله أعلم.

فصل: ولو قال إن وطئتك فلله علي صوم شهر ولم يعينه كان مولياً بخلاف ما تقدم من تعيين الصوم، لأنه لا يقدر على وطئها بعد مضي أربعة أشهر إلا بالتزام ما لم يلزم لوجود الشهر الذي لا يتعين، فعلى هذا إن وطىء بعد أربعة أشهر كان مخيراً بين صيام شهر أو كفارة يمين، لأنه نذر لحاج وسقطت يمينه وإن لم يطأ وطلق لم يلزمه صوم ولا كفارة لأنه لم يحنث، فإن راجع استؤنف له وقف أربعة أشهر، فإذا مضت وطلق ثانية ثم راجع استؤنف له مدة أربعة أشهر ثالثة فإذا مضت وطلق بانت منه بثلاث وإن عاد فنكحها بعد زوج فهل يعود الإيلاء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم أنه لا يعود ويكون حالفاً غير مولى.

والقول الثاني: في القديم يعود الإيلاء لبقاء اليمين ووجودها في عقدي نكاح.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ قَرِبْتكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً وَقِفَ فَإِنْ فَاءَ وَغَابَتِ الحَشَفَةُ طُلِّقَتْ ثَلَاثاً فَإِذَا أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ بَعْدُ فَعَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وهذا أيضاً مفرع على قوله في الجديد، فإذا قال لها: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً كان مولياً، لما يلزمه من طلاقها بالوطء، فوجب أن يوقف مدة الإيلاء أربعة أشهر ويطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق.

وقال أبو علي بن خيران لا يجوز أن يطالب بالفيئة ويؤخذ بالطلاق، لأن الوطء محرم لأنها تطلق به ثلاثاً فيصير واطئاً لبائن منه، وذلك محرم عليه؛ لأنه إذا كان ما بعد الإيلاج محرماً كان الإيلاج محرماً كالصائم إذا تحقق بخبر نبي صادق أنه لم يبق إلى طلوع الفجر إلا قدر إيلاج الذكر دون إخراجه حرم عليه الإيلاج وإن كان في زمان الإباحة لتحريم ما بعد الإيلاج في زمان الحظر فيحرم الإيلاج وإن كان قبل الفجر لوجود الإخراج بعد الفجر، كذلك حال هذا المولى يحرم عليه الإيلاج وإن كان قبل الطلاق لوجود الإخراج بعد الطلاق وذهب سائر أصحابنا إلى أن هذا المولى لا يحرم عليه الإيلاج لأنها زوجة ولا يحرم عليه الإخراج، لأنه ترك، وإن طلقت بالإيلاج، ويكون المحرم بهذا الوطء استدامة الإيلاج لا الابتداء والإخراج، وشاهد ذلك شيئان: مذهب، وحجاج.

أما المذهب، فقول الشافعي لو طلع الفجر على الصائم وهو مجامع وأخرجه مكانه كان على صومه، فإن مكث بعد إخراجه أفطر وكفر، فحرم الاستدامة ولم يحرم الإخراج لوجود الإيلاج في حال الإباحه، وإن الإخراج ترك وإن كان في زمان الحظر فصار مباحاً.

وأما الحجاج: فهو أن رجلاً لو قال لرجل أدخل داري ولا تقم استباح الدخول لوجوده عن أذن ووجب عليه الخروج لمنعه عن المقام، ويكون الخروج وإن كان في زمان الحظر مباحاً؛ لأنه ترك كذلك حال هذا المولى يستبيح أن يولج ويستبيح أن يخرج، ويحرم عليه استدامة الإيلاج فأما الصائم إذا أخبره أن الباقي من طلوع الفجر قدر الإيلاج دون الإخراج فقد اختلف أصحابنا هل يحرم عليه الإيلاج لوجود الإخراج في زمان التحريم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحرم عليه الإيلاج لوجوده في زمان الإباحة، وإن كان الإخراج في زمان الحظر، لأنه ترك فعلى هذا يستوي حكم المولى والصائم.

والوجه الثاني: يحرم على الصائم الإيلاج وإن كان في زمان الإباحة لوجود الإخراج في زمان الحظر فعلى هذا يكون الفرق بين الصائم والمولى أن التحريم قد يطرأ على الصائم يعني الإيلاج، فجاز أن يحرم عليه الإيلاج والمولى لا يطرأ عليه التحريم بغير الإيلاج، فلم يحرم عليه الإيلاج.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أن الإيلاج لا يحرم عليه وإن طلقت به بخلاف ما قاله ابن خيران فإنه مخير في المطالبة بعد الوقف بين الفيئة، أو الطلاق، فإن طلق فطلاقة فيه كطلاقه في غيره على ما مضى وعلى ما سيأتي، فإن فاء بالوطء فالذي يباح له منه أن يولج الحشفة حتى يلتقي بها الختانان؛ لأن ما تعلق بالوطء من سائر الأحكام يتعلق بهذا القدر من الإيلاج وهو التقاء الختانين كذلك الطلاق المعلق بوطئها يقع بالتقاء الختانين وهو تغييب الحشفة، وهي بعد تغييب الحشفة طالق ثلاثاً، فحرم عليه أن يولج باقي ذكره وأن يمكث بعد تغييب الحشفة فيكون تحريم إيلاج الباقي من الذكر كتحريم المكث فيصيران معاً محرمين، وإذا كان كذلك لم يخل حاله بعد تغييب الحشفة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخرج حشفة ذكره في الحال فلا يستديمها ولا يولج باقي ذكره معها بل فعل ما أبيح له من الفيئة التي خرج بها من حكم الإيلاء، ووقع به الطلاق الثلاث ولم يتجاوزه إلى محظور يوجب حداً، ولا مهراً.

والحال الثانية: أن يمكث مستديماً لإيلاج الحشفة أو يستوفي إيلاج جميع الذكر، سواء استدام حركة الوطء حتى أنزل أو لم يستدمها حتى أخرج من غير إحداث إيلاج ثان، فهذا قسم واحد وحكمه واحد وهي إيلاجة واحدة كان أولها مباحاً وآخرها محظوراً فلا حد فيها لأن اجتماع التحليل والتحريم في الفعل الواحد شبهة يدرأ بها الحد وفي وجوب المهر وجهان:

أحدهما: يجب عليه المهر بالاستدامة كما يجب بالابتداء كالصائم إذا طلع الفجر عليه وهو مجامع فاستدام إيلاج ذكره بعد الفجر وجبت عليه الكفارة باستدامة الإيلاج كوجوبها عليه بابتداء الإيلاج.

والوجه الثاني: أنه لا يجب عليه المهر بالاستدامة وإن وجبت الكفارة على الصائم بالاستدامة لأنها إيلاجة واحدة لا يتميز حكمها فإذا لم يجب بابتدائها مهر لم يجب باستدامتها مهر، وخالف استدامة الصائم من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة في الصوم تتعلق بشيئين: الزمان، والاستدامة، فلما كان الزمان متميزاً جاز أن يتميز به حكم الابتداء وحكم الاستدامة، وليس كذلك المهر لأنه يجب بشيء واحد وهو الوطء فلم يتميز حكم الابتداء من حكم الاستدامة.

والفرق الثاني: أن إيجاب المهر هاهنا بالاستدامة مفض إلى إيجاب مهرين بوطء واحد وهو أن تكون مفوضة غير مدخول بها، فيجب لها بالتقاء الختانين مهر، ويجب لها باستدامة الإيلاج مهر ثان فيصير الوطء الواحد موجباً لمهرين، وهذا غير جائز

وليس كذلك الكفارة في استدامة إيلاج الصائم؛ لأنها لا توجب إلا كفارة واحدة على تصاريف الأحوال كلها فافترقا.

فصل: والحال الثالثة: أن يخرج الحشفة بعد إيلاجها ثم يستأنف إيلاجاً بعدها فالمهر واجب بالإيلاجة الثانية وإن كانت الأولى والثانية منسوبتين إلى وطء واحد؛ لأنه لما تميزت الأولى عن الثانية في التحريم حتى حلت الأولى وحرمت الثانية، وإن كانتا من وطء واحد تميزت الأولى عن الثانية في المهر، وإن كانتا من وطء واحد ألا ترى أن الوطء إذا تكرر متساوي الحكم بأن وطئها مائة مرة في نكاح واحد لم يجب عليه إلا مهر واحد، ولو وطئها مائة مرة بشبهة لم يجب عليه إلا مهر واحد وإذا اختلف حكمه بأن وطيء مرة بنكاح ومرة بشبهة تميز حكمها ووجب عليه مهر في كل واحد منهما، كذلك الواطيء الواحد وإذا ثبت أن الإيلاجة الثانية يتعلق بها وجوب المهر فلا حكم لما بعدها من إيلاجة ثالثة ورابعه لأنها في حكم الثانية فاستوى حكم جميعها كما لو تكرر وطء الشبهة استوى حكم جميعه في إيجاب مهر واحد، وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الزوجين هاهنا في الإيلاجة الثانية وما بعدها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا جاهلين بالتحريم لقصورهما أن الطلاق لا يقع إلا باستكمال الوطء وإتمامه فلا حد عليهما لوجود الشبهة، وأن حقيقة اسم الوطء في اللغة ينطلق على الفراغ منه وإن كانت أحكامه في الشرع متعلقة بأوله، فلهذه الشبهة سقط الحد عنهما ولا تعزير عليهما، لأن ما كان شبهة في الحد فأولى أن يكون شبهة في التعزير، وإذا سقط الحد والتعزير وجب بهما المهر بما ذكرنا.

والقسم الثاني: أن يكونا عالمين بالتحريم، وأن الإيلاج الثاني وما بعده كان بعد تحريمها بالإيلاج الأول، ففي وجوب الحد عليهما وجهان:

أحدهما: أنه زنا يوجب الحد لأنه إيلاج مستأنف بعد العلم بالتحريم، فأشبه وطء الأجنبية، فعلى هذا لا مهر فيه لأن وجوب الحد عليهما يمنع من وجوب المهر لها لتنافي موجبهما.

والوجه الثاني: أنه لا حد فيه، وليس بزنا؛ لأنه وطء واحد فكان تحليل أوله شبهة في تحريم آخره، فعلى هذا يكون لها المهر لسقوط الحد عنهما ويعزران.

والقسم الثالث: أن يكون الزوج عالماً بالتحريم والزوجة جاهلة أو عالمة لكنها لم تقدر على دفعه عن نفسها فهما سواء، ولا حد عليهما لوجود الشبهة ولها المهر لسقوط الحد، وهل على الزوج الحد لعلمه بالتحريم أم لا؟ على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: يحد.

والثاني: لا يحد ولا يعزر.

والقسم الرابع: أن يكون الزوج جاهلاً بالتحريم والزوجة عالمة به، فلا حد على الزوج ولا تعزير لجهله، وفي وجوب الحد على الزوجة مع علمها وجهان:

أحدهما: لا حد عليها وتعزر، فعلى هذا لها المهر.

والوجه الثاني: عليها الحد، فعلى هذا لا مهر لها؛ لأن الحد والمهر لا يجتمعان والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَبَى أَنْ يَفِيءَ طُلِّقَ عَلَيْهِ وَاحِدَةٌ فَإِنْ رَاجَعَ فَلَهُ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ رَاجَعَ ثُمَّ هَكَذَا حَتَّى يَنْقَضِي طَلاَقُ ذَلِكَ المِلْكِ ثَلاَثاً».

قال الماوردي: وهكذا كما قال إذا مضت للمولى مدة التربص أربعة أشهر وخير بين الفيئة أو الطلاق [فامتنع أن يفيء أو يطلق لم يجبر على الفيئة وهو مما لا يعلمه سواه، فأما الطلاق][1] فهو مما يصح فيه النيابة، ويقوم غيره مقامه فيه فهل يطلق الحاكم عليه فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم لا يطلق عليه الحاكم لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[البقرة: ٢٢٧] فأضاف العزم إلى الزوج، فاقتضى أن لا يصح من غيره، ولقول النبي ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» فجعله إلى الأزواج دون غيرهم، ولأنه مخير بين أمرين لا مدخل للحاكم في أحدهما، فلم يكن له مدخل في الآخر، ولأن ما يتعين الحق فيه لأجل التخيير لم يقم الحاكم في التخيير مقامه، كالذي يسلم عن أختين فيمتنع من اختيار أحدهما لم يقم الحاكم مقامه في الاختيار، كذلك هاهنا، فعلى هذا يحبس الزوج بعد امتناعه حتى يفيء أو يطلق لقصده الإضرار بالامتناع من حق وجب عليه مع القدرة عليه، كما يحبس بعد إسلامه إذا امتنع من اختيار إحدى الأختين أو اختيار أربع إذا أسلم ومعه أكثر منهن.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد ـ أن الحاكم يطلق عليه بعد امتناعه؛ لأن ما دخلته النيابة إذا تعين مستحقه وامتنع من عليه الحق من الإيفاء كان للحاكم الاستيفاء كالديون؛ ولأن ما استحقت به الفرقة بعد ضرب المدة كان للحاكم مدخل فيها كالعنة، فإن قيل: فهلا جاز للمرأة عند امتناع الزوج من طلاقها أن تطلق نفسها، وتكون هي المستوفية لحقها دون الحاكم كالدين يجوز لمستحقه عند امتناع الغريم من أدائه أن يكون هو المستوفي له دون الحاكم.

---

(١) سقط في أ.

قلنا: لا يجوز والفرق بينهما أن الطلاق مجتهد فيه فكان الحاكم أحق به، وقضاء الدين غير مجتهد فيه، فكان مالكه أحق به ـ فعلى هذا إذا قيل أن الحاكم يطلق عليه فإنه يطلق عليه واحدة لا يتجاوزها، لأن الله تعالى أطلق عزيمة الطلاق فاقتضى ما ينطلق عليه اسم الطلاق، وهو ينطلق على الواحدة، فلم يلزم الزيادة عليها.

فصل: فإذا تقرر أن المستحق فيه طلقة واحدة فأوقعها الزوج باختياره أو الحاكم عند امتناعه فهي طلقة رجعية.

وقال أبو ثور: هي طلقة بائنة لا يملك فيها الرجعة كما يجعل أبو حنيفة مضي المدة موقعاً لطلقة بائنة لا يملك فيها الرجعة، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن ما أوقعه الحاكم من الفرقة لا يملك فيها الرجعة كالفسخ بالعنة والعيوب والإعسار بالنفقة.

والثاني: أن القصد بالطلاق رفع الإضرار، والطلاق الرجعي لا يرتفع به الإضرار، لأنه قد يراجع بعده فيعود الإضرار، فاقتضى أن يكون بائناً ليرتفع به الإضرار.

ودليلنا: قول الله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] فكان على عمومه؛ ولأنه طلاق لم يستوف عدده فوجب إذا تجرد عن العوض بعد الإصابة أن يستحق فيه الرجعة كطلاق غير المولي؛ ولأن استحقاق الرجعة في الطلاق كاستحقاق الولاء في العتق فلما استحق الولاء في واجب العتق وتطوعه، وجب أن يستحق الرجعة في واجب الطلاق وتطوعه، فأما الفسخ فلا يملك فيه الرجعة، فلذلك وقع بائناً، وليس كذلك الطلاق فأما رفع الإضرار فقد يرتفع بالطلاق الرجعي إلا أنه إن لم يراجع تعجل رفع الضرر، وإن راجع تأخر رفع الضرر، وهو في الحالين رافع للضرر.

فصل: فإذا ثبت أن الطلقة رجعية، وأنه لا يجب أكثر منها، فإن كان هو الموقع لها فلا يجوز له الزيادة عليها، وإن كان الزوج هو الموقع لها جاز له الزيادة عليها، فتطلق اثنين أو ثلاثاً كما يكون له ذلك لو لم يكن مولياً، فإذا طلق واحدة أو طلق عليه الحاكم واحدة فإن لم يراجع حتى انقضت العدة فقد بانت، فإن استأنف العقد عليها بعد العدة فعلى قول الشافعي في القديم وأحد قوليه في الجديد يعود الإيلاء فيوقف لها أربعة أشهر ثم يطالب بالفيئة أو الطلاق، وعلى قوله الثاني في الجديد: أنه لا يعود الإيلاء ولا يوقف وإن كانت اليمين باقية لأنه لا يكون مولياً قبل النكاح وإن راجع في العدة وقف له بعد الرجعة، وكان أول زمان الوقف من بعد الرجعة ولا يحتسب عليه

بما تقدمها، وإن كان مأخوذاً بنفقتها ومحكوم له بزوجيتها لأنها محرمة عليه وجارية في الفسخ، فإذا مضت مدة الوقف الثاني بانقضاء أربعة أشهر ثانية طولب بعدها بالفيئة أو الطلاق فإن طلق ثانية أو امتنع فطلقها الحاكم عليه طلقة ثانية كانت الثانية رجعية كالأولى، فإن راجعها استؤنف له وقف ثالث، فإذا مضت مدته بانقضاء أربعة أشهر ثالثة طولب بعدها بالفيئة أو الطلاق، فإن طلق بعدها ثالثة أو امتنع منها فطلقها الحاكم عليه طلقة ثالثة فلا رجعة له بعدها؛ لأن الثلاث لا رجعة له فيها مجتمعة كانت أو متفرقة وقد سقط بها حكم الإيلاء في هذا النكاح، فإن عاد بعد زوج، فعلى قول الشافعي في الجديد كله وأحد قوليه في القديم لا يعود الإيلاء، وإن كان حالفاً، وعلى قوله الثاني في القديم: يعود الإيلاء، ويستأنف له مدة الوقف ويكون حكمه على مثل ما مضى في النكاح إلا أن يفيء فيسقط بكل حال الحنث فيه فارتفع وليس في الطلاق حنث فلم يرتفع فإن قيل فالله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر فلم جعلتموها أضعافاً، قيل إنما قدرها بالأربعة في التربص الواحد فإذا وجب تكرار التربص وجب تكرار المدة والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يُرِيْدُ تَحْرِيمَهَا بِلاَ طَلاَقٍ أَوِ اليَمِيْنِ بِتَحْرِيْمِهَا فَلَيْسَ بِمُولٍ لأَنَّ التَّحْرِيْمَ شَيْءٌ حُكِمَ فِيْهِ بِكَفَّارَةٍ إِذَا لَمْ يَقَعْ بِهِ طلاَقٌ كَمَا لاَ يَكُونُ الإِيْلاَءُ والظِّهَارُ طَلاَقاً وَإِنْ أُرِيدَ بِهِمَا طَلاَقٌ لأَنَّهُ حُكِمَ فِيْهِمَا بِكَفَّارَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال لزوجته أنت علي حرام فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإن نوى به الظهار كان ظهاراً، وإن نوى به الإيلاء لم يكن مولياً، فيكون كناية في الطلاق والظهار، ولا يكون كناية في الإيلاء، لأن المولى ما لم يقدر على الإصابة فيه بعد مدة التربص إلا بالتزام ما لم يكن لازماً قبل الإصابة وقوله أنت علي حرام إن نوى به اليمين في تحريم الإصابة لزمت به الكفارة في الحال من غير إصابة، وإن أطلقه كان على قولين:

أحدهما: تجب به الكفارة في الحال.

والثاني: لا تجب في الحال ولا بالإصابة به في ثاني حال، فصار بهذا القول قادراً على الإصابة بعد مدة التربص من غير التزام كفارة، لأن الكفارة إن وجبت في اللفظ دون الإصابة، وإن لم تجب فلا باللفظ ولا بالإصابة، فلم يتعلق بالإصابة في الأحوال كفارة، فلذلك لم يكن مولياً.

فصل: فإن قال: إن أصبتك فأنت علي حرام، فإن أراد بالحرام الطلاق كان مولياً لأنه متى أصابها بعد الوقف طلقت، وإن أراد به اليمين كان مولياً متى أصابها لزمته الكفارة، وإن لم تكن له إرادة فإن قيل أنه يوجب الكفارة مع الإطلاق كان مولياً، وإن قيل لا يوجبها لم يكن مولياً، وقد مضى ذلك في أول الكتاب وأما إذا قال لها: أنت علي حرام، وقال: نويت أنها حرام علي إن أصبتها فنيته قد خالفت ظاهر لفظه، لأن ظاهر قوله أنت علي حرام يوجب تعجيل الكفارة في الحال، ونيته أنها حرام عليه إن أصابها يوجب تأخير الكفارة إلى الإصابة، وهذا محتمل يدين فيه والكفارة مما يدين فيها لأنها من حقوق الله تعالى وقد اعترف بالإيلاء وفيه حق للزوجة، فوجب أن يصير بذلك مولياً، ووجدت أصحابنا يرسلون القول بأنه لا يكون مولياً وليس بصحيح لما عللنا والله أعلم بالصواب.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ قَرُبْتُكِ فَغُلَامِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي إِنْ تَظَاهَرْتُ لَمْ يَكُنْ مُوَلِياً حَتَّى يُظَاهِرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال: إن أصبتك فعبدي هذا حر عن ظهاري إن تظاهرت فقد علق عتق عبده بشرطين: بإصابتها، وبظهاره فلا يعتق بوجود أحد الشرطين حتى يوجدا معاً، فإن وطئها ولم يتظاهر لم يعتق، وإن ظاهر ووطىء عتق، وإذا كان كذلك لم يكن في الحال مولياً لأنه يقدر على إصابتها ولا يعتق عليه عبده كما لو قال لها: إن وطئتك ودخلت الدار فأنت طالق لم يكن مولياً قبل دخول الدار، لأنه يقدر على وطئها من غير طلاق وإذا لم يكن هذا مولياً في الحال نظر، فإن قدم الوطء على الظهار سقط حكم الإيلاء وبقي حكم اليمين، فإذا ظاهر عتق عليه عبده وإنما سقط حكم الإيلاء لتقديم الإصابة لأنه يقدر على إصابتها بعد ذلك ولا يعتق به عبده لأن عتق عبده يكون بظهاره من بعد لا بإصابته وإن قدم الظهار قبل الإصابة صار حينئذ مولياً، لأنه لم يبق من شرط العتق إلا إصابتها فصارت الإصابة موجبه عتق عبده فلذلك صار مولياً.

فصل: وإذا تقرر أن لا يكون مولياً إذا قدم الإصابة ويكون مولياً إذا قدم الظهار، وجب أن يوقف لإيلائه هذا، فإذا انقضت مدة الوقف وطولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق كان مخيراً بين أن يعتق عبده عن ظهاره، وبين أن يستبقيه على ملكه، فإن استبقاه على ملكه كان إيلاؤه باقياً إن راجع بعد طلاقه لأنه يعتق عليه بإصابته، وإن أعتق عن ظهاره أجزأه عتقه عن الظهار، ويسقط إيلاؤه وإن راجع لأنه لم يبق من يعتقه عليه بالوطء فهذا حكمه إن طلق في هذا الإيلاء فأما إن فاء بالوطء ولم يطلق فقد عتق عليه عبده وسقط إيلاؤه لحنثه ولم يجزه العتق عن ظهاره لا يختلف أصحابنا فيه وإنما

اختلفوا في علته فقال أبو إسحاق المروزي: العلة في عدم إجزائه أنه قدم عقد عتقه على ظهاره فلم يجزه لأجل التقديم، وقال آخرون أنه جعل عتقه مشتركاً بين ظهاره وبين حنثه في إيلائه فلم يجزه لأجل التشريك.

فصل: فأما إذا كان مظاهراً فقال بعد ظهاره إن أصبتك فعبدي هذا حر عن ظهاري كان مولياً؛ لأنه متى أصابها عتق عليه فإن قيل فالعتق مستحق عليه بالظهار فهو ليس ملتزم بالإصابة ما لم يكن لازماً فلم جعلتموه مولياً، قلنا: لأن عتق عبده غير متعين بالظهار وهو متعين بالإصابة فصار بالإصابة ملتزماً من تعيين العتق ما لم يلزم فلذلك صار مولياً فإذا مضت مدة الإيلاء كان مخيراً بين الإصابة أو الطلاق، فإن طلق كان مخيراً في عتق الظهار بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره، فإن أعتقه عن ظهاره أجزأه وسقط إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق، وإن أعتق غيره أجزأه وكان إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق، وإن أعتق غيره أجزأه وكان إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق باقياً لوقوع عتقه بالإصابة وإن فاء بالوطء ولم يطلق عتق عليه عبده، وهل يجزئه عتقه عن ظهاره أم لا؟ على وجهين من اختلاف أصحابنا في التعليل المتقدم:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يجزئه تعليلاً بأن عتقه معقود بعد الظهار.

والوجه الثاني: لا يجزئه تعليلاً بأن عتقه مشترك بين ظهاره وبين وطئه[في إيلائه][1] والله أعلم.

مسألة قَالَ المزني قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ قَرِبْتُكِ فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَعْتِقَ فُلَاناً عَنْ ظِهَارِي وَهُوَ مُتَظَاهِرٌ لَمْ يَكُنْ مُولِياً وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَ فُلَاناً عَنْ ظِهَارِهِ وَعَلَيْهِ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقُولُ لَوْ قَالَ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ الخَمِيسِ عَنِ اليَوْمِ الَّذِي عَلَيَّ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ صومُ يَوْمِ الخَمِيسِ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْذِرْ فِيهِ بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ وَإِنَّ صَوْمَ يَوْمٍ لَازِمٌ فَأَيَّ يَوْمٍ صَامَهُ أَجْزَأَ عَنْهُ وَلَمْ يُجْعَلْ لِلنَّذْرِ فِي ذَلِكَ مَعْنَى يَلْزَمُهُ بِهِ كَفَّارَةٌ فَتَفَهَّمْ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن هذا كله يتفرع على قوله في الجديد بأن الإيلاء ينعقد بكل يمين، وإذا كان كذلك فصورة هذه المسألة أن يقول وقد تظاهر وعاد: إن أصبتك فلله علي أن أعتق عبدي سالماً عن ظهاري فصار ناذراً بعتق سالم عن ظهاره، وحالفاً بعتق سالم في إيلائه، إلا أنه جعل تعيين عتقه في الإيلاء مضموناً في ذمته، وجعل

---

(١) سقط في أ.

عتقه في المسألة الأولى ناجزاً، فهذا فرق ما بينهما وإذا كان كذلك فإيلاؤه إن هذه المسألة مبني على وجوب تعيين عتقه بهذا النذر، فعلى مذهب الشافعي رحمه الله يجب بهذا النذر تعيين عتقه إلا أنه نذر لجاج خرج مخرج اليمين فكان فيه بعد اللزوم مخيراً بين عتقه التزاماً لحكم النذر وبين الكفارة التزاماً لحكم اليمين، فصار بالتخيير في التزام أحدهما ملتزماً بالإصابة ما لم يكن ملتزماً قبلها فلذلك صار مولياً.

وقال المزني لا يلزمه بهذا النذر تعيين العتق ولا يكون بتعيينه مولياً احتجاجاً بالصوم إذا كان عليه صوم يوم من كفارة أو قضاء، فنذر أن يصوم هذا اليوم الذي عليه يوم الخميس لم يتعين صومه فيه، وكان مخيراً بين صومه أو صوم غيره كذلك العتق إذا وجب عليه في الظهار فعينه بالنذر في عبد بعينه لم يتعين فيه، وكان بالخيار بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره واحتج على أن النذر لا يوجب التعيين في العتق والصوم بأن الواجب بالنذر ما لم يكن واجباً بغير النذر والعتق والصوم قد وجب بغير النذر، وليس في التعيين زيادة في الوجوب فلذلك لم يتعينا ولم يصر مولياً بتعين العتق كما لم يصر مولياً بتعين الصوم وهذا الذي قاله المزني خطأ، أما تعيين العتق الواجب بالنذر فواجب لا يختلف فيه مذهب الشافعي وسائر أصحابه حتى لو قال وعليه عتق رقبة واجبة إن شفى الله مريضي فلله علي أن أعتق عبدي هذا عن الرقبة التي علي فشفى الله مريضه تعين عتق الرقبة في ذلك العبد بعينه ويكون أصل العتق مستحقاً بالوجوب المتقدم، وتعينه مستحق بالنذر الحادث مستوي في تعيين العتق حكم الابتداء والانتهاء، وأما تعيين الصوم الواجب بالنذر، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: حكاه ابن أبي هريرة أنه يتعين بالنذر كالعتق حتى لو قال عليه صوم يوم واجب إن شفى الله مريضي فلله علي أن أصوم اليوم الذي علي في يوم الخميس، فشفى الله مريضه لزمه صومه فيه، فيستوي تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء كالعتق، وإنما يتعينان بالنذر في الانتهاء، كما يتعينان بالنذر في الابتداء لأن تعيين الحقوق أشق وأثقل من إرسالها فصار ملتزماً بالتعيين زيادة مشقة وثقل لم يكن فلذلك وجب بالنذر، فعلى هذا يكون مولياً بتعيين الصوم، كما يكون مولياً بتعيين العتق.

والوجه الثاني: وهو الذي عليه جمهور أصحابنا وقد نص عليه الشافعي في «الأم»: أن الصوم الواجب لا يتعين بالنذر، والعتق الواجب يتعين بالنذر، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن صوم الأيام يتساوى فصوم يوم السبت كيوم الأحد ليس بينهما زيادة ولا تفاضل، فلذلك لم يتعين ما وجب منه بالنذر لتساويه وعتق الرقاب يتفاضل فيكون

رقبة قيمتها مائة دينار، ورقبة قيمتها دينار وكلاهما يجزيان في الكفارة، فلذلك تعين ما وجب منه بالنذر لتفاضله.

والفرق الثاني: وهو أصح أن الصوم من حقوق الله سبحانه المحضة التي لا تتعلق بحق آدمي، فاستوى في حق الله جميع أيام الله ألا تراه لو نذر صوم يوم الخميس ففاته صومه بعذر أو بغير عذر قضاه في غيره، ولو عجله قبل الخميس لم يجزه لتقديمه على وجوبه وليس كذلك تعين العتق لأن فيه حق الآدمي لا يجوز إسقاطه، ألا تراه لو نذر عتق عبد بعينه فمات لم يلزمه عتق غيره ولو نذر عتقه بعد ثلاثة أيام جازم تعجيل عتقه، فلهذين الفرقين ما تعين العتق الواجب بالنذر، ولم يتعين الصوم الواجب بالنذر، واستوى تعين العتق في الابتداء والانتهاء، وافترق تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء فعلى هذا يكون مولياً بتعيين العتق الواجب ولا يكون مولياً بتعيين الصوم الواجب، فأما ما نقله المزني عن الشافعي أنه لا يكون مولياً بتعيين العتق الواجب في هذه المسألة وقد كان أبو علي بن أبي هريرة يقول: إنما نقل ذلك على مذهبه في القديم أنه لا يكون مولياً إلا في اليمين بالله تعالى، فأما مذهبه في الجديد أنه يكون مولياً بكل يمين، فإنه يكون مولياً، فلم يكن من المزني خطأ في النقل، وإن كان مخالفاً للشافعي في المذهب، وذهب سائر أصحابنا إلى أنه أخطأ على الشافعي في النقل، كما خالفه في المذهب، لأن الشافعي نص على هذه المسألة في كتاب الأم والإملاء، وهما من الجديد لا من القديم، ولم يختلف مذهبه في الجديد بأنه يكون مولياً بكل يمين تلزم سواء كانت بالله تعالى أو بغيره من عتق أو طلاق أو غيره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من إيلائه بتعيين العتق الواجب عن ظهاره، وجب أن يوقف أربعة أشهر، فإذا طولب بالفيئة أو الطلاق، فإن فاء ووطىء فقد لزمه النذر، والنذر ضربان: نذر طاعة يقصد به القربة، ونذر لجاج خرج مخرج اليمين، فأما نذر الطاعة المقصود به القربى فكقوله إن شفى الله مريضي فلله علي عتق عبدي هذا فإذا شفى الله مريضه لزمه عتق عبده، ولم يكن مخيراً بينه وبين غيره، وأما نذر اللجاج الخارج مخرج الأيمان فهو ما قصد به منع نفسه من شيء أو إلزام نفسه فعل شيء كقوله: إن كلمت زيداً فلله علي عتق عبدي هذا أو إن لم أدخل الدار فلله علي عتق رقبة، فإذا كلم زيداً أو لم يدخل الدار وجب النذر وكان مخيراً فيه بين التزام ما نذرْه من العتق اعتباراً بالنذور وبين كفارة يمين اعتباراً بالأيمان، ونذره في هذا الموضع نذر لجاج خرج مخرج اليمين فكان فيه مخيراً بين عتق عبده الذي عينه وبين العدول عنه إلى كفارة يمين، فإن عدل إلى الكفارة سقط بها حكم إيلاؤه وكان مخيراً في العتق عن ظهاره بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره كحاله قبل نذره؛ لأن النذر قد خرج منه بالتكفير فإن أعتق ذلك العبد عن ظهاره أجزأه وجهاً واحداً؛ لأنه عتق اختص بظهاره

وحده وإن لم يكفر في إيلائه وأعتق ذلك العبد فيه عن ظهاره خرج بعتقه عن حكم الإيلاء، وفي إجزاء عتقه عن ظهاره وجهان على ما مضى:

أحدهما: وهو قول أبي إسحق المروزي يجزئه عن الظهار لتعين عتقه بعد وجود الظهار.

والوجه الثاني: لا يجزيه ذلك عن ظهاره، لأنه عتق مشترك بين ظهاره وبين إيلائه، فهذا حكم إيلائه إن فاء فيه، فأما إن طلق فقد خرج بالطلاق من حكم الإيلاء وكان مخيراً في الظهار بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره، لأن النذر لم يلزم لعدم الوطء فكان في الظهار على حكم الأصل في عتق أي عبد شاء، فإن أعتق ذلك العبد أجزأه وجهاً واحداً كما يجزيه عتق غيره؛ لأنه لـم يخرج بعتقه من حق الإيلاء، فعلى هذا لو راجع في العدة بعد طلاقه نظر، فإن كانت رجعته قبل العتق عن ظهاره عاد الإيلاء، واستؤنف له الوقف كالابتداء، وإن كانت رجعته بعد العتق عن ظهاره لم يخل من أن يكون قد أعتق ذلك العبد أو أعتق غيره فإن كان قد أعتق غيره عاد الإيلاء بعد رجعته لبقاء العبد الذي يكون مخيراً بين عتقه وكفارته، فإن كان قد أعتق ذلك العبد ففي عود الإيلاء وجهان:

أحدهما: لا يعود وهو الأظهر لفوات العبد المنذور في الإيلاء، فعلى هذا لو كان قد باع العبد في مدة الوقف سقط حكم الإيلاء.

والوجه الثاني: أن حكم الإيلاء يعود لأن حكم نذره يتعلق بالكفارة كتعلقه بعتقه، والكفارة مقدور عليها فقامت مقام وجوده ويكون وجوده موجباً للتخيير بين عتقه وبين التكفير وفوات عتقه مسقطاً للتخيير موجباً للتكفير، فعلى هذا لو باع العبد في مدة الوقف أو مات لم يسقط الإيلاء والله تعالى أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى ثُمَّ قَالَ لأُخْرَى قَدْ أَشْرَكْتُكِ مَعْهَا فِي الإِيْلَاءِ لَمْ تَكُنْ شَرِيكَتَهَا لأَنَّ اليَمِيْنَ لَزِمَتْهُ لِلأُوْلَى وَالْيَمِيْنَ لاَ يُشْتَرَكُ فِيْهَا».

قال الماوردي: اعلم أن الإيلاء على ضربين:

أحدهما: أن يكون معقوداً على اليمين بالله تعالى.

والثاني: أن يكون معقوداً بكل يمين لازمة، فإن عقدها بالله تعالى فقال لإحدى زوجتيه، والله لا أصبتك ثم قال للأخرى وأنت شريكتها يعني في الإيلاء كان مولياً من الأولى، ولم يكن مولياً من الثانية، ولو طلق إحداهما وقال للأخرى وأنت شريكتها يعني في الطلاق كان مطلقاً لهما وهكذا لو ظاهر من إحداهما ثم قال للأخرى وأنت شريكتها يعني في الظهار كان مظاهراً منهما فإن قيل فلم لم تكن الثانية شريكة الأولى

في الإيلاء إذا أراده وكانت شريكة لها في الطلاق والظهار إذا أراده، قيل: لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا تنعقد بالكناية والطلاق والظهار يقعان وينعقدان بالكناية ألا تراه لو قال إن حلف زيد بالله تعالى فأنا حالف به، لم يصر حالفاً إذا حلف زيد ولو قال إن طلق زيد فامرأتي طالق لزمه الطلاق بطلاق زيد، والفرق بينهما في دخول الكناية في الطلاق والظهار، وانتفاء الكناية عن اليمين من وجهين:

أحدهما: أن اليمين بالله تعالى حرمة التعظيم فلم يجز لعظم حرمته أن يكنى عنه، وليس للطلاق والظهار حرمة تعظيم فجازت الكناية عنهما.

والثاني: أنه لما لم تصح النيابة في اليمين تغليظاً لم تصح فيها الكناية، ولما صحت النيابة في الطلاق والظهار تخفيفاً صحت فيهما الكناية، والفرق بينهما في صحة النيابة في الطلاق والظهار، وانتفاء النيابة عن اليمين من وجهين:

أحدهما: أن مقصود اليمين التعظيم فلم تصح فيه النيابة، ومقصود الطلاق والظهار التحريم فصح فيه النيابة.

والثاني: أن تأثير اليمين في الحالف، فلم يجز استنابة غيره وتأثير الطلاق والظهار في غيره فجاز فيهما استنابة غيره والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو إذا عقدها بعتق أو طلاق وجعلناه مولياً بهما على قوله في الجديد فإذا قال لإحدى زوجتيه إن وطئتك فأنت طالق أو فعبدي حر، ثم قال للأخرى وأنت شريكتها، سئل عن إرادته وله في الإرادة أربعة أحوال:

أحدها: أن يقول: أردت بقولي أنت شريكتها، أنني متى وطئت الثانية مع الأولى، فالأولى طالقة فهذا يكون مولياً من الأولى دون الثانية ولا تكون الثانية شريكة للأولى، ولا يكون وطئها شرطاً في طلاق الأولى؛ لأنه علق طلاق الأولى بشرط واحد وهو وطؤها فلم يجز أن يضم إليه شرطاً ثانياً بوطء الثانية، لما فيه من رفع حكم الشرط الأول بعد انعقاد، ألا تراه لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: وإن دخلت الدار يريد أن طلاقها لا يقع بكلام زيد حتى تدخل الدار، لم يثبت الشرط الثاني، وتعلق الطلاق بوجود الشرط الأول.

والحال الثانية: أن يقول: أردت بقولي: أنت شريكتها أنني متى وطئت الأولى فهي طالق مع الثانية فهذا يكون مولياً من الأولى على ما كان عليه قبل مشاركة الثانية لها وحالف بطلاق الثانية، ولا يكون مولياً منها، لأنه علق طلاقها بوطء الأولى لا بوطئها.

والحال الثالثة: أن يقول أردت بقولي: وأنت شريكتها أنني متى وطئت الأولى والثانية فهما طالقان فقد زاد بهذا شرطاً ثانياً في طلاق الأولى، فلم يثبت وكان طلاقها معلقاً بالشرط الأول وهو وطؤها والشرط الثاني وهو وطء الثانية لغو في طلاق الأولى، ثم قد علق طلاق الثانية بشرطين:

أحدهما: وطء الأولى.

والثاني: وطء الثانية، فلا يكون مولياً من الثانية ما لم يطأ الأولى لأنه يقدر على وطء الثانية، ولا يقع طلاقها فإذا وطىء الأولى صار حينئذ مولياً من الثانية لأنه متى وطئها طلقت.

والحالة الرابعة: أن يقول أردت بقولي وأنت شريكتها أنني متى وطئتك فأنت طالق، كما أنني متى وطئت الأولى كانت طالقاً، فهذا يكون مولياً من الثانية لأنه متى وطئها وحدها طلقت، والفرق بين أن يجعلها شريكتها في هذه الحالة الرابعة فيكون مولياً إذا كانت يمينه بالطلاق، ولا يكون فيهامولياً إذا كانت يمينه بالله تعالى ما قدمناه من أن هذا كناية تنعقد بها اليمين بالطلاق، ولا تنعقد به اليمين بالله تعالى.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ قَرُبْتُكِ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ فَلَيْسَ بِمُولٍ وَإِنْ قَرُبَهَا فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ إِلاَّ بِقَذْفٍ صَرِيْحٍ».

قال الماوردي: وإنما لم يكن هذا مولياً، لأنه يقدر على إصابتها من غير التزام شيء، وإنما لم يلزمه شيء لأنه علق إصابتها بقذف، وليس بقذف، ولا حد فيه، وإنما لم يكن قذفاً لثلاثة معان:

أحدها: أنه جعل وطأه لها زناً، وهو يطؤها بعقد نكاح لا يجوز أن يصير زناً، فتحققنا كذبه فيه، فصار كقوله كل الناس زناة فلا يكون قذفاً ولا يوجب حداً ليقين كذبه.

والثاني: أن القذف بالزنا إخبار عن فعل ماض وهذا معلق بفعل مستقبل، فلم يكن قذفاً كما لو قال إن دخلت الدار فأنت زانية لم يكن قذف.

والثالث: أن القذف ما كان مطلقاً، وهذا معلق بصفة، فلم يصر بوجود الصفة قذفاً كما لو قال إن كلمت زيداً فأنت زانية، لم يكن قذفاً وإن كلمته فصار فساد هذا القذف يمنع من وجوب الحد وسقوط الحد يمنع من دخول الضرر عليه بالوطء ومنع الضرر بالوطء يخرجه من الإيلاء.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لا أُصِيبُكِ سَنَةً إِلاَّ مَرَّةً لَمْ يَكُنْ مُولِياً فَإِنْ وَطِيءَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِمُولٍ».

قال الماوردي: إذا قال والله لا أصبتك سنة إلا مرة واحدة فقدر مدة يمينه بسنة واستثنى منها وطء مرة واحدة، فمذهب الشافعي في الجديد، والمشهور من قوله في القديم، أنه لا يكون مولياً لأن المولى من لا يقدر على الوطء إلا بالحنث، وهذا يقدر على وطء تلك المرة بغير حنث فلم يكن في الحال مولياً.

وقال في القديم: يكون مولياً في الحال.

وبه قال مالك، فخرجه أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة قولاً ثانياً، أنه يكون في الحال مولياً تعليله أن المولى من يدخل عليه بالوطء ضرر وهذا قد يدخل عليه بالوطء الأول ضرر لأنه يصير به مولياً والإيلاء ضرر فكان ما أدى إليه ضرراً فلذلك صار به مولياً وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن المولى من امتنع من الوطء بيمين وليس عليه في وطء هذه المرة يمين فلم يكن مولياً.

والثاني: أن ضرر الإيلاء التزام ما لا يلزم، وهذا ليس يلزمه بالوطء الأول شيء، فلذلك لم يكن في الحال مولياً، وإذا كان هكذا نظر، فإن لم يطأ حتى مضت السنة سقطت اليمين، ولم يستحق عليه في السنة مطالبة، وإن وطيء في السنة مرة لم يحنث به لأنه مستثنى من يمينه، ويصير الحنث معلقاً بالوطء في بقية السنة، فإذا كان كذلك نظر في باقي السنة، فإن كان أربعة أشهر فما دون لم يكن مولياً، وإن كان حالفاً لقصوره عن مدة الإيلاء، وإن كان الباقي منها أكثر من أربعة أشهر صار مولياً وتضرب له مدة الإيلاء، لأن زمان الحنث يتسع لمدة الوقف، فعلى هذا لو قال: والله لا أصبتك سنة إلا مرتين فعلى ما حكيناه من قوله في القديم يكون مولياً في الحال، وعلى قوله في الجديد وهو الصحيح أنه لا يكون في الحال مولياً، لاستثنائه من مدة يمينه وطء مرتين، فهو يقدر على الوطء في الحال بغير حنث، فإذا وطء مرة لم يحنث ولا يصير بها مولياً، لأنه قد بقي من استثنائه وطء مرة أخرى. فإذا وطيء المرة الثانية وفي السنة بقية وقع الحنث به وإن وطيء بعدها فينظر في بقية السنة، فإذا كان أكثر من أربعة أشهر صار مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً وإن كان حالفاً.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ أَصَبْتُكِ فَوَاللَّهِ لاَ أَصَبْتُكِ لَمْ يَكُنْ مُوَلياً حَتَّى يُصِيبَهَا فَيَكُونَ مُوَلياً».

قال الماوردي: وهذه المسألة كالتي قبلها في أنه استثناء من يمينه وطء مرة، ومخالفة لها في أن تلك مقدرة بسنة وهذه مطلقة على الأبد، فإذا قال لها: إن وطئتك فوالله لا وطئتك فهو كقوله: والله لا وطئتك إلا مرة، فمذهب الشافعي في الجديد لا يكون في الحال مولياً لأنه يقدر على وطئها في الحال من غير حنث، وعلى قوله في القديم، وهو مذهب مالك يكون في الحال مولياً، يستضر بوطئه في الحال لانعقاد الإيلاء به، وقد أبطلناه بما ذكرنا من الوجهين في المسألة الأولى، وإذا كان هكذا وصح به ما ذكرنا من قوله في الجديد، لم يكن في الحال مولياً ما لم يطأ، ولا يستحق عليه المطالبة، وإن تطاول به الزمان، لخروجه عن حكم الإيلاء فإذا وطىء مرة صار حينئذ مولياً على الإطلاق؛ لأن زمان يمينه مؤبد غير مقدر، بخلاف المسألة الأولى، فيوقف لها منه الإيلاء والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لا أَقْرَبُكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ أَوْ حَتَّى يَخْرُجَ الدَّجَّالُ أَوْ حَتَّى يَنْزِلَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ أَوْ حَتَّى يَقْدُمُ فُلاَنٌ أَوْ يَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي أَوْ تَفْطِمِي ابْنَكِ فَإِنْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ كَانَ مُولياً وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ حَتَّى تَفْطِمِي وَلَدَكِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً لأَنَّهَا قَدْ تَفْطِمُهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ أَكْثَرَ مِنَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ (قال المزني رحمه الله) هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ لأَنَّ أَصْلَهُ أَنَّ كُلَّ يَمِيْنٍ مَنَعَتِ الجِمَاعَ بِكُلِّ حَالٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرَ إِلاَّ بِأَنْ يَحْنَثَ فَهُوَ مُولٍ وَقَوْلُهُ حَتَّى يَشَاءُ فُلاَنٌ فَلَيْسَ بِمُولٍ حَتَّى يَمُوتَ فُلاَنٌ (قال المزني) وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ حَتَّى يَقْدُمَ فُلاَنٌ أَوْ يَمُوتَ سَوَاء في الْقِيَاس وَكَذَلِكَ حَتَّى تَفْطِمِي وَلَدَكِ إِذَا أَمْكَنَ الفِطَامُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَلَوْ قَالَ حَتَّى تَحْبَلِي فَلَيْسَ بِمُولٍ (قال المزني) رَحِمَةُ اللَّهُ هَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ حَتَّى يَقْدُمُ فُلاَنٌ أَوْ يَشَاءُ فُلاَنٌ لأَنَّهُ قَدْ يَقْدُمُ وَيَشَاءُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلاَ يَكُوْنُ مُولياً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَمَّا قَوْلُهُ حَتَّى تَمُوْتِي فَهُوَ مُولٍ بِكُلِّ حَالٍ كَقَوْلِهِ حَتَّى أَمُوتَ أَنَا وَهُوَ كَقَوْلِهِ وَاللَّهِ لاَ أَطَؤُكَ أَبَداً فَهُوَ مُولٍ مِنْ حِيْنَ حَلَفَ».

قال الماوردي: قد تمهد بما قدمناه من أصول الوطء أنه لا يكون مولياً إلا أن تزيد هذه إيلائه على أربعة أشهر وإذا كان كذلك لم تخل مدة إيلائه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مطلقة.

والثاني: أن تكون مقيدة بزمان.

والثالث: أن تكون معلقة بشرط.

أما القسم الأول: وهو المدة المطلقة، فهو أن يقول: والله لا أصبتك فإطلاقها يقتضي الأبد، فهو كقوله: والله لا وطئتك أبداً والتلفظ بالأبد هاهنا تأكيد فهذا أقوى.

وأما القسم الثاني: المقدر بالزمان فهو أن يقول: والله لا أصبتك إلى سنة كذا أو إلى شهر كذا أو إلى يوم كذا، فينظر في هذا الزمان فإن زاد على أربعة أشهر كان مولياً وإن تقدر بأربعة أشهر فما دون لم يكن مولياً.

وأما القسم الثالث: وهو المعلق بشرط فهو على ثمانية أقسام:

أحدها: ما كان به مولياً في الظاهر والباطن لاستحالته وهو كقوله: والله لا أصبتك حتى تصعدي السماء أو حتى تصافحي الثريا أو حتى تعدي رمل عالج أو حتى تنقلي جبل أبي قبيس أو حتى تشربي ماء البحر، وما شابه كل ذلك فيكون مولياً لاستحالة وجود هذه الشرائط فكان ذكرها لغواً وصار الإيلاء معها مرسلاً.

والقسم الثاني: ما كان به مولياً في الظاهر والباطن للقطع والإحاطة بأنه سيكون بعد أكثر من أربعة أشهر كقوله: والله لا وطئتك حتى تقوم القيامة، فهذا مول في الظاهر والباطن لأنه قد تتقدم القيامة أشراط منذرة فنحن إذا لم نر أشراطها على يقين من تأخرها عن أربعة أشهر.

والقسم الثالث: ما كان به مولياً في الظاهر، وإن جاز أن لا يكون به مولياً في الباطن كقوله والله لا أصبتك حتى ينزل عيسى ابن مريم أو حتى يظهر الدجال أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج وحتى تطلع الشمس من مغربها أو ما جرى هذا المجرى من أشراط الساعة التي الأغلب تأخرها عن مدة الإيلاء، وإن جاز في الممكن تقدمها فلذلك جعلناه بها مولياً في الظاهر دون الباطن، وألزمناه بها حكم المولى في الباطن والظاهر، ومن أصحابنا من جعل أشراط الساعة كلها كالقيامة في أنه يكون بها مولياً في الظاهر والباطن، لأن لها آمارات منذرة كالقيامة تتأخر قبل وجودها عن مدة التربص.

والأصح من إطلاق هذين أن يقال ما صحت به أخبار الأنبياء عليهم السلام أنها تترتب فيكون بعضها بعد بعض كنزول عيسى ابن مريم عليه السلام يكون من بعد ظهور الدجال، كان إيلاؤه إلى نزول عيسى ابن مريم ظاهراً وباطناً وإيلاؤه إلى ظهور الدجال ظاهراً دون الباطن، لجواز حدوثه قبل أربعة أشهر وما لم يترتب منها فهو به مول في الظاهر دون الباطن، وهذا من الاختلاف الذي لا يفيد لأن موجب الإيلاء فيهما لا يختلف، فأما إذا قال: والله أصبتك حتى أموت أو تموتي فهو مما يكون به مولياً في الظاهر [دون الباطن]، لجواز موتهما قبل مدة التربص، وإنما صار مع جواز الموت قبل المدة مولياً في الظاهر لعلتين:

إحداهما: أن الظاهر بقاؤهم إلى مدة التربص، وإن جاز موتهما قبلها فحكم بالظاهر.

والعلة الثانية: أنهما لو أطلقا ذلك على الأبد لا تقدر بمدة حياتهما، فعلى هذين التعليلين لو قال: والله لا أصبتك حتى يموت زيد، فإن كان زيد في مرض مخوف لم يكن به مولياً، لأن الظاهر من حاله، موته قبل مدة التربص لأمارات الموت بحدوث الخوف وإن كان زيدصحيحاً أو في مرض غير مخوف، فعلى التعليل الأول يكون به مولياً في الظاهر دون الباطن اعتباراً بظاهر بقائه إلى مدة التربص وعلى التعليل الثاني لا يكون به مولياً لا في الظاهر ولا في الباطن لتردد حاله بين الموت والبقاء، وإن إيلاء الزوجين لو كان مطلقاً لم يتقدر بموته، وحمله على التعليل الأول أصح، لأنه لو قال إن أصبتك فعبدي حر كان مولياً في الظاهر وإن جاز أن يموت عبده أو يبيعه قبل مدة التربص فلا يكون مولياً، لكن علينا حكم الظاهر، مع جواز خلافه.

والقسم الرابع: ما اختلف حكمه باختلاف حال الشرط كقوله: والله لا أصبتك حتى يقدم زيد فينظر غيبة زيد فإن كان بمكان مسافته أكثر من أربعة أشهر كالصين كان به مولياً، وإن كان بمكان مسافته أقل لم يكن به مولياً، لجواز قدومه قبل مدة التربص سواء قدم قبلها أولا وإن لم يعلم غيبة زيد لم يكن به مولياً أيضاً لجواز قدومه قبل المدة وكقوله والله لا أصبتك حتى تحبلي، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون ممن لا يجوز أن تحبل قبل مدة التربص لصغرها أو لإياسها فيكون بذلك مولياً.

والحال الثانية: أن تكون ممن يجوز أن تحبل في الحال لكونها بالغة من ذوات الأقراء فلا يكون بذلك مولياً لإمكان حبلها وتساوي الأمرين فيـه.

والحال الثالثة: أن تكون مراهقة لجواز أن يتعجل بلوغها فتحبل، ويجوز أن يتأخر بلوغها فلا تحبل، قال أبو حامد الإسفراييني ـ رحمه الله ـ يكون بذلك مولياً، لأن الظاهر تأخر البلوغ، وتأخره مانع من الحبل.

والصحيح عندي أنه لا يكون به مولياً؛ لأن الظاهر بلوغ المراهقة ممكن كما أن حبل البالغة ممكن وليس أحد الأمرين بأغلب من الآخر، وإذا أمكن بلوغها أمكن حبلها.

والقسم الخامس: ما يختلف باختلاف إرادته: كقوله: والله لا أصبتك حتى تفطمي ولدك فإن أراد به قطع الرضاع لم يكن به مولياً؛ لأنه يمكنها قطعه في الحال،

وإن أراد به مدة رضاع الحولين نظر في الباقي منها فإن كان أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً، ومن أصحابنا من جعل هذا من القسم الرابع الذي يختلف باختلاف حاله لا باختلاف إرادته فقال إن كان الولد طفلاً لا يجوز قطع رضاعه قبل أربعة أشهر كان به مولياً، وإن كان مشداً يجوز قطع رضاعه قبل أربعة أشهر لم يكن به مولياً، والأول أصح وهو قول ابن سريج والأكثر من أصحابنا، لأن قطعها لرضاعه ممكن وإن منع منه الشرع، والإيلاء متعلق بإمكان الفعل لا بجوازه في الشرع، وعلى هذا الاختلاف لو علق بما يمكن فعله لكن يمنع الشرع منه كقوله: والله لا أصبتك حتى تقتلي أخاك لم يكن مولياً على معنى قول أبي العباس؛ لأنها تقدر على قتله في الحال، وكان مولياً على قول من خالفه؛ لأن الشرع منعها من قتله، ومن هذا القسم أن يقول: والله لا أصبتك حتى تخرجي إلى الحج فإن أراد به زمان الخروج المعهود كان به مولياً إذا بقي إليه أكثر من أربعة أشهر، وإن أراد به فعلها للخروج لم يكن به مولياً لأنه يمكنها الخروج قبل المدة.

والقسم السادس: ما يختلف باختلاف زمانه كقوله: والله لا أصبتك حتى يسقط البلح أو يجمد الماء، فإن كان هذا في الشتاء وزمان البرد لم يكن به مولياً لإمكانه في الحال، وإن كان في الصيف وزمان الحر نظر فإن كان في آخره والباقي من الشتاء أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً، وإن كان في أوله والباقي منه إلى الشتاء أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، ولو قال والله لا أصبتك حتى يجيء المطر فمن أصحابنا من جعله في أول الصيف كالثلج يكون به مولياً لتعزره في الأغلب، ومن أصحابنا من قال لا يكون به مولياً، وفرق بينه وبين الثلج، بأن المطر قد يجيء في الصيف والثلج لا يكون في الصيف، فأما البلاد التي يعهد فيها المطر صيفاً وشتاءاً كبلاد طبرستان فلا يكون به مولياً لا يختلف أصحابنا فيه.

والقسم السابع: ما لا يكون مولياً لتكافؤ أحواله، كقوله والله لا أصبتك حتى يبرأ هذا المريض أو حتى يمرض هذا الصحيح أو حتى تتعلمي الكتابة أو حتى يطلق فلان زوجته أو حتى يعتق عبده، فلا يكون بذلك مولياً لإمكان حدوثه وتقدمه على مدة التربص كإمكان تأخره عنه، وهكذا لو قال لا أصبتك حتى تلبسي هذا الثوب أو تدخلي هذه الدار أو حتى أخرجك من هذا البلد لم يكن مولياً، لإمكان فعل ذلك في الحال ولا يلزمه إخراجها من البلد ليبر في يمينه إن وطء، لأنه إذا لم يصر مولياً لم يلزمه وطؤها ولم يطالب بفيئة ولا طلاق.

والقسم الثامن: ما لا يكون به مولياً لكونه قبل أربعة أشهر كقوله والله لا أصبتك حتى تذبل هذه البقلة أو حتى يختمر هذا العجين أو حتى يحمض هذا العصير أو حتى ينضج هذا القدر فلا يكون بذلك مولياً لوجود هذا كله في أكثر من مدة الإيلاء.

فأما المزني فإنه جمع بين سبع مسائل، ورأى الشافعي قد خالف في جواب بعض ما يتكلم عليه، وليس اختلاف جوابه لاختلاف قوله، وإنما هو لاختلاف الأحوال على ما بيناه في فطام [أم] الولد وقدوم الغائب والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْربكِ إِنْ شِئْتِ فَشَاءَتْ فِي المَجْلِسِ فَهُوَ مُولٍ».

قال الماوردي: اعلم أن تعليق الإيلاء بمشيئتها على أربعة أقسام:

أحدها: أن يقول: والله أقربك إن شئت أن لا أقربك فتكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً في الإيلاء منها، فإن شاءت أن لا يقربها انعقد الإيلاء، وإن لم تشأ لم ينعقد.

والقسم الثاني: أن يقول: والله لا قربتك إن شئت أن أقربك فيكون مشيئتها أن يقربها شرطاً في انعقاد الإيلاء منها فإن شاءت أن يقربها، انعقد الإيلاء فيها وإن لم تشأ لم ينعقد بخلاف القسم الأ، ل.

والقسم الثالث: أن يقول: والله لا أقربنك إن شئت فتكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً، ولا تكون مشيئتها أن يقربها شرطاً، وإنما وجب حمله على ذلك مع الإطلاق لأن من حكم الشرط أن يكون وفق المشروط الذي حلف عليه وهو حلف أن لا يقربها فوجب أن تكون مشيئتها أن لا يقربها.

والقسم الرابع: أن يقول: والله لا أقربك إلا أن تشائي فتكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً في رفع الإيلاء لا في انعقاده بخلاف ما تقدم، فإن شاءت لم ينعقد وإن لم تشأ انعقد، لأن قوله والله لا أقربك إثبات وقوله إلا أن تشائي نفي، فصار مثبتاً للإيلاء بغير شرط، ومثبتاً له بوجود الشرط.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أحكام الأقسام الأربعة انتقل الكلام إلى صفة مشيئتها، ولا يجوز أن تكون على التراخي كما لو علق طلاقها بمشيئتها لأن فيهما نوعاً من التمليك، وهل يراعى فيه حكم الفور أو حكم المجلس، على وجهين مضيا في كتاب الطلاق:

أحدهما: يراعي حكم الفور، فعلى هذا يحتاج أن تكون مشيئتها جواباً في الحال كالقبول في العقود وإن تمادى زماناً وإن قل أو تخللهما كلام بطلت مشيئتها فلم يتعلق بها حكم.

والوجه الثاني: أن يراعي فيها المجلس، فإن شاءت قبل الافتراق صحت مشيئتها وثبت حكمها، وإن شاءت بعد الافتراق فلا حكم لمشيئتها، فإن قيل فهلا كان تعليق

الإيلاء، بمشيئتها رضاً منها بإسقاط حقها من المطالبة كتعليق الطلاق في المرض بمشيئتها رضاً منها في إسقاط حقها من الميراث، قيل الفرق بينهما أن المطالبة بحكم الإيلاء لا يجب إلا بثبوت الإيلاء، فلم يكن رضاها بالإيلاء مسقطاً لثبوت حقها منه، والميراث يسقط بالطلاق فجاز أن يكون رضاها بالطلاق مسقطاً لحقها من الميراث.

فصل: ولو قال: والله لا أقربك إن شاء زيد، فلا يعتبر الفور في مشيئة زيد، بخلاف مشيئتها، لأنه إذا علق ذلك بمشيئتها كان فيه تمليك فروعي فيه الفور، وإذا علق بمشيئة غيرها لم يكن فيه تمليك، فلم يراع فيه الفور، فمتى قال زيد قد شئت على الفور أو التراخي انعقد الإيلاء، وإن قال لست أشأ لم ينعقد، وإن مات ولم تعلم مشيئته لم ينعقد الإيلاء لأن الأصل أن لا مشيئة والله تعالى أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالإِيْلاَءُ فِي الغَضَبِ وَالرِّضَا سِوَاءٌ لِمَا تَكُوْنُ اليَمِينُ فِي الغَضَبِ وَالرِّضَا سَوَاءٌ وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى الإِيلاَءَ مُطْلَقاً».

قال الماوردي: الإيلاء في الغضب والرضا سواء، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: لا يكون مولياً إلا في الغضب دون الرضا وحكى نحوه عن علي وابن عباس رضي الله عنهما؛ لأن قصد الإضرار إنما يكون في الغضب، فكان الغضب فيه شرطاً، وهذا فاسد لعموم قوله تعالى **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** [البقرة: ٢٢٦] ولم يفرق، لأنها يمين بالله تعالى فاستوى فيها حال الغضب والرضا كسائر الأيمان، ولأن كل حال انعقدت فيها اليمين في غير الإيلاء انعقدت فيها يمين الإيلاء كالغضب.

فأما قصد الإضرار فلا يراعى فيها وإنما يراعى وجوده دون قصده، وقد وجد في الرضا كوجوده في الغضب وإن لم يقصد.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وَاللَّه لاَ أَقْرَبكِ حَتَّى أُخْرِجَكَ مِنْ هَذَا البَلَدِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً لأَنَّهُ قَدْ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُخْرِجَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى إِخْرَاجِهَا».

قال الماوردي: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم من التقسيم فإذا حلف أن لا يقربها حتى يخرجها من البلد لم يكن مولياً لأنه يقدر على إخراجها متى شاء، ويقربها من غير حنث، فصار كقوله: لا أقربك في هذه الدار، فلا يكون مولياً لأنه يقدر على إخراجها وإصابتها من غير حنث، فإن قيل فهلا كان مولياً وإن قدر على إخراجها كما لو حلف بعتق عبده أن لا يقربها كان مولياً، وإن قدر على بيع عبده فلا يعتق بوطئها ثم

يبتاعه إن شاء، قيل الظاهر من الأملاك اقتناؤها واستيفاؤها، وفي بيعها ضرر، وفي تمليك الغير لها أسف، وفي استرجاعها تعذر، فصار الضرر متوجهاً عليه في بيع العبد كتوجهه في عتقه، وليس كذلك إخراجها من البلد، لأنه لا ضرر عليه، وربما كان فيه نزهة، وفي إخراجها إلى ظاهر البلد، فافترقا، فلو قال لا أقربك حتى أخرجك إلى بلد كذا، فإن كان البلد الذي حلف أن يخرجها إليه على مسافة أكثر من مسافة أربعة أشهر كان مولياً، وإن كان على أقل من ذلك لم يكن مولياً، فلو قال: لا أقربك حتى أهب عبدي كان مولياً لأن في هبته إدخال ضرر عليه فصار كقوله لا أقربك حتى أعتق عبدي، فاستويا في الضرر بزوال الملك، وإن كانت الهبة أضر لعدم الثواب فيها، ولو قال: والله لا أقربك حتى أبيع عبدي ففي إيلائه وجهان:

أحدهما: يكون مولياً لتعليق ذلك بزوال ملكه عنه، فصار الضرر ببيعه داخلاً عليه.

والوجه الثاني: لا يكون مولياً؛ لأن الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول ضرر عليه، وربما وجد فيه أكثر من قيمته، ولو قيل إن كان هذا العبد للتجارة لم يكن مولياً لبيعه، وإن كان للقنية كان مولياً ببيعه، كان له وجه؛ لأن بيع مال التجارة مفيد، وبيع مال القنية مضر، فيكون ذلك وجهاً ثالثاً ـ والله أعلم.

بَابُ الإِيْلَاءِ مِنْ نِسْوَةٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ وَاللَّهِ لا أَقْرَبُكُنَّ فَهُوَ مُولٍ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ يُوقَفُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَإِذَا أَصَابَ وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ خَرَجْتَا مِنْ حُكْمِ الإِيْلَاءِ وَيُوقَفُ لِلْبَاقِيَتَيْنِ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ وَلاَ حَنَثَ عَلَيْهِ حَتَّى يُصِيبَ الأَرْبَعَ اللَّائِي حَلَفَ عَلَيْهِنَّ كُلَّهِنَّ وَلَوْ طَلَّقَ مِنْهُنَّ ثَلاَثاً كَانَ مُولِياً مِنَ الْبَاقِيَةِ لأَنَّهُ لَوْ جَامَعَهَا وَاللَّائِي طَلَّقَ حَنَثَ وَلَوْ مَاتَتْ إِحْدَاهُنَّ سَقَطَ عَنْهُ الإِيْلَاءُ لأَنَّهُ يُجَامِعُ البَوَاقِيَ وَلاَ يَحْنَثُ (قال المزني) أَصْلُ قَوْلِهِ أَنَّ كُلَّ يَمِينٍ مَنَعَتِ الجِمَاعَ بِكُلِّ حَالٍ فَهُوَ بِهَا مُولٍ وَقَدْ زَعَمَ أَنَّهُ مُولٍ مِنَ الرَّابِعَةِ البَاقِيَةِ وَلَوْ وَطِئَهَا وَحْدَهَا مَا حَنَثَ فَكَيْفَ يَكُونُ مِنْهَا مُولِياً؟ ثُمَّ بَيَّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لَوْ مَاتَتْ إِحْدَاهُنَّ سَقَطَ عَنْهُ الإِيْلَاءُ وَالْقِيَاسُ أَنَّهُ لاَ إِيْلَاءَ عَلَيْهِ حَتَّى يَطَأَ ثَلاَثاً يَكُونُ مُولِياً مِنَ الرَّابِعَةِ لأَنَّهُ لاَ يَقْدِرُ أَنْ يَطَأَهَا إِلاَّ حَنَثَ وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوْلَى».

قال الماوردي: أصل هذا الباب أن من حلف على جملة لم يحنث بتفصيلها، فإذا قال لأربع زوجات له: والله لا أصبتكن لم يحنث بإصابة واحدة أو اثنتين أو ثلاث حتى يصيب الأربع كلهن كما لو قال: والله لا كلمت هؤلاء الأربع اليوم لم يحنث بكلام واحدة ولا بكلام اثنتين ولا بكلام ثلاثة حتى يكلم الأربع كلهن فيحنث، وإذا كان كذلك فالإيلاء متوجه إلى جميعهن ولا يتعين إلا في واحدة منهن، وتعيينه فيها بوطء من سواها، فإذا جاءت واحدة منهن تطالب بحكم الإيلاء لم يكن ذلك لها، لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث، فإن وطئها خرجت من حكم الإيلاء، فإن جاءت الثانية فطالبته لم يكن لها، لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث، فإن وطئها خرجت من حكم الإيلاء، فإن جاءت الثالثة فطالبته لم يكن لها لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث، فإن وطئها خرجت من حكم الإيلاء وتعين الإيلاء حينئذ في الرابعة، وكان لها المطالبة لأنه متى وطئها حنث، وأول مدة الوقف لها من بعد أن تعين الإيلاء منها، لأن ما لم يكن وقتاً للحنث لم يكن وقتاً للوقف، فإذا انقضت مدة الوقف طولب بالفيئة أو الطلاق، فإن فاء حنث وكفر، وإن طلق فعلى ما مضى من خروجه من حكم الإيلاء وعوده إن راجع، هذا فقه المسألة.

فصل: فأما بيان كلام الشافعي، فقوله فهو مول منهن كلهن فيه تأويلان لأصحابنا:

أحدهما: معناه فهو حالف على الامتناع من وطئهن كلهن، ولم يرد أن الإيلاء يعتبر في كل واحدة منهن، وإنما يجيء هذا على مذهبه في القديم أن ما قارب من الإيلاء كان به مولياً وقد خرجه ابن أبي هريرة هاهنا قولاً في القديم ثانياً.

والتأويل الثاني: معناه فهو مول منهن كلهن في الجملة ولا يتعين إلا في واحدة منهن بوطء من سواها، وقوله يوقف لكل واحد منهن فيه لأصحابنا تأويلان أيضاً:

أحدهما: معناه أن كل واحدة منهن محل للوقف لها، لأنه يجوز أن يتعين الإيلاء فيها.

والتأويل الثاني: معناه: أنه يوقف لكل واحدة منهن إن تعين الإيلاء فيها بوطء من سواها وقوله فإذا أصاب واحدة أواثنتين خرجتا من حكم الإيلاء، ويوقف للباقيتين حتى يفيء أو يطلق فخروج الموطؤتين من الإيلاء صحيح، وأما قوله يوقف للباقيتين فهو محمول على التأويلين المتقدمين:

أحدهما: معناه أنهما محل للوقف لهما.

والثاني: معناه أنه يوقف لكل واحدة منهما إن تعين الإيلاء فيها بوطء الأخرى، وفيما ذكرناه من هذا البيان ما يمنع اعتراض المزني على ظاهر كلام الشافعي.

فصل: ثم إن الشافعي ذكر بعد الإيلاء في الأربع فرعين:

أحدهما: أن يطلق بعد الأربع فلا يسقط حكم الإيلاء فيمن لم يطلقها منهن، فإن طلق منهن ثلاثاً خرجن من حكم الإيلاء بالطلاق ويكون حكم الإيلاء موقوفاً في الرابعة لا يتعين فيها لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث ولا يسقط الإيلاء فيها لأنه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح فيتعين الإيلاء في الرابعة؛ لأنه يحنث بوطئها، ووقوع الحنث بالوطء المحظور كوقوعه بالوطء المباح.

قال الشافعي في كتاب «الأم»، ولو قال لامرأته: والله لا وطئتك وفلانة للأجنبية لم يكن مولياً من امرأته حتى يطأ الأجنبية فيصير مولياً من امرأته.

والفرع الثاني: أن يموت من الأربع واحدة فيسقط الإيلاء من الثلاث الباقيات لأنه لا يحنث بوطئهن لفوات الوطء بالميتة منهن، فأسقط الشافعي الإيلاء بالموت، ولم يسقطه بالطلاق؛ لأن وطء المطلقة لم يفت ووطء الميتة قد فات، فإن قيل فقد يطأ الميتة كما يطأ المطلقة وهما وطآن محرمان، فلم أجريتم حكم الوطء على أحدهما

ونفيتموه عن الآخر؟ قلنا: لأن مطلق عرف الوطء ينتفي عن وطء الميتة، لأنه لو حلف لا يطأ زوجته فوطئها بعد موتها. قال أصحابنا: لم يحنث وتنتفي عنه أحكام الوطء من الإحصان وكمال المهر وتحريم المصاهرة وإن أوجب الغسل وليس كذلك وطء الحية، لأن مطلق اسم الوطء عرفاً ينطلق على وطئها سفاحاً كإطلاقه على وطئها نكاحاً فافترقا.

فأما قول الشافعي في الفرع الأول ولو طلق منهن ثلاثاً كان مولياً في الباقية فهو محمول على ما قدمناه من التأويلين:

أحدهما: معناه كانت الباقية محلاً للإيلاء.

والثاني: معناه كان مولياً في الباقية إن جامع من طلقها، وقد بين ذلك بقوله لأنه لو جامعها واللائي طُلقن حنث، فبطل بهذا التأويل اعتراض المزني على ظاهر كلامه، لأن المزني تكلم على فقة المسألة، وفقهها لا يقتضيه ظاهر كلامه وإنما يقتضيه أصوله وتعليله ثم يؤخذ منها تأويله والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ وَهُوَ يُرِيدُهُنَّ كُلَّهُنَّ فَهُوَ مُولٍ يُوقَفُ لَهُنَّ فَأَيَّ وَاحِدَةٍ مَا أَصَابَ مِنْهُنَّ خَرَجَ مِنَ الإِيْلَاءِ فِي البَوَاقِي لأَنَّهُ حَنَثَ بِإِصَابَةِ الوَاحِدَةِ فَإِذَا حَنَثَ مَرَّةً لَمْ يَعُدِ الحَنَثُ بِإِيْلَاءٍ ثَانِيَةٍ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تخالف التي قبلها، وصورتها: أن يقول للأربع من نسائه: والله لا أصبت واحدة منكن وهو يريدهن كلهن، ولا يعين إحداهن، فهو في الابتداء مول من كل واحدة منهن؛ لأن أيتهن وطىء حنث بوطئها كمن قال لجماعة والله لا كلمت واحداً منكن، حنث بكلام أيهم كلم.

فإذا أجرى على كل واحدة منهن في الابتداء حكم الإيلاء فأيتهن جاءت مطالبة وقف لها من وقت يمينه، فإذا مضت مدة الوقف طولب بالفيئة أو الطلاق، فإن طلق ثم جاءت ثانية وقف لها، فإذا مضت مدة الوقف طولب بالفيئة أو الطلاق فإذا طلق ثم جاءت ثالثة وقف لها، فإذا مضت مدة الوقف طولب بالفيئة أو الطلاق، فإن طلق ثم جاءت الرابعة وقف لها، فإذا مضت مدة الوقف طولب بالفيئة أو الطلاق، فيصير الزوج بامتناعه من وطء واحدة منهن مولياً وكل واحدة منهن يوقف لها على الفيئة أو الطلاق، وإن كانت الأولى عند مطالبتها بالفيئة أو الطلاق لم يطلقها، ولكن فاء منها ووطئها حنث وسقط الإيلاء ممن بقي، لأنه لا يحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الأولى، ولو طلق الأولى عند انقضاء مدة الوقف ووطء الثانية سقط إيلاؤه في الثالثة والرابعة، ولو وطىء الثالثة سقط إيلاؤه في الرابعة وحدها.

فصل: ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن وهو يريد إحداهن بعينها كانت هي المولى منها دون من سواها، فيرجع إلى بيانه في التي عينها بإيلائه فإن صدقته الباقيات على ذلك فلا يمين عليه، وإن أكذبنه حلف لهن، فإن نكل عن اليمين لهن حلفن وثبت حكم الإيلاء منهن بأيمانهن بعد نكوله.

فصل: ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن وهو يريد واحدة لا بعينها كان له أن يعين الإيلاء فيمن شاء منهن، فإن وقف عن التعيين أجبر عليه إذا طلبن ذلك لما في التعيين من حق المعينة في الإيلاء، فإن تنازعن فلا اعتبار بتنازعهن؛ لأنه موقوف على اختياره كالطلاق إذا أوقعه على واحدة منهن لا بعينها كان له أن يعينه فيمن شاء على اختياره، فإذا عين الإيلاء فيمن شاء منهن خرج الباقيات من حكم الإيلاء، ووقف للمعينة، وفي ابتداء زمان الوقف وجهان:

أحدهما: من وقت اليمين.

والثاني: من وقت التعيين كالعدة في الطلاق المبهم إذا عين.

فصل: ولو قال: والله لا أصبت كل واحدة منكن كلكن فهذا مول منهن كلهن ومن كل واحدة منهن فأيتهن وطئها بعد الوقف حنث ولم يسقط حكم الإيلاء فيمن عداها؛ لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن، وأول زمان الوقف من وقت اليمين، وبالله التوفيق، والله أعلم.

بَابُ عَلَى مَنْ يَجِبُ التَّأْقِيتُ فِي الإِيلَاءِ
وَمَنْ يَسْقُطُ عَنْهُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ تَعَرَّضَ لِلْمُولِي وَلاَ لِامْرَأَتِهِ حَتَّى تَطْلُبَ الوَقْفَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ وَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في شروط الإيلاء، فأما أحكامه فهي أن ينتظر به مدة التربص التي جعلها الله له، وهي أربعة أشهر لا مطالبة عليه فيها بشيء؛ لأن الله تعالى انظره بها فصار كالإنظار بآجال الديون لا يجوز المطالبة بها قبل انقضائها، وأول وقت التربص من وقت الإيلاء، لا من وقت المحاكمة، بخلاف أجل العنة الذي يكون أوله من وقت المحاكمة، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن مدة الإيلاء مقدرة بالنص فلم تفتقر إلى حكم، ومدة العنة مقدرة بالاجتهاد، فافتقرت إلى حكم.

والثاني: أن الإيلاء يقين فكان أول مدته من وقت وجوده، والعنة مظنونة فكان أول مدتها من وقت التحاكم فيها، فإذا انقضت مدة التربص بمضي أربعة أشهر استحقت الزوجة المطالبة، إلا أنه لا اعتراض عليها فيه لأنه حق لها من حقوقها المحضة فوقف على خيارها، فإن طالبت ومطالبتها إما أن تقول بيّن أمري، وإما أن تقول أخرج إليّ من حقي، فإذا طالبت بأحد هذين الأمرين قيل للزوج قد خيرك الله تعالى بين أمرين: إما الفيئة أو الطلاق، ويجوز أن يقول له ذلك حاكم وغير حاكم لأن هذا الحكم مأخوذ من النص، فلم يفتقر إلى حكم إلا أن الذي يجبر عليه هو الحاكم؛ لأنه هو الذي يجبر على تأدية الحقوق، فإن فاء فحكم الفيئة ما مضى، وإن طلق فحكم الطلاق ما مضى، وإن أبى أن يفعل أحدهما فعلى قولين مضيا:

أحدهما: يحبس حتى يفيء أو يطلق.

والثاني: يطلق عليه الحاكم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ عَفَتْ ذَلِكَ ثُمَّ طَلَبَتْهُ كَانَ ذَلِكَ لَهَا لأَنَّهَا تَرَكَتْ مَا لَمْ يَجِبْ لَهَا فِي حَالٍ دُوْنَ حَالٍ».

قال الماوردي: إذا عفت الزوجة عن المطالبة بحقها من الإيلاء بعد انقضاء المدة صح عفوها في حقها، وهو ما كان مأخوذاً به من الفيئة أو الطلاق، ولم يؤثر العفو في حكم اليمين، لأن الحنث فيه مأخوذ به في حق الله تعالى لا يسقط بعفوها ويكون كحالف ليس بمول.

إن حنث في يمينه ألزم حكم حنثه، فإن عادت بعد العفو مطالبة بحكم الإيلاء كان ذلك لها، ولم يكن عفوها مسقطاً لحقها على الأبد، وإنما كان كذلك لما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه وهو أن الإيلاء يمين قصد بها إضرار الزوجة ليمتنع من إصابتها بيمينه وهذا الضرر يتجدد مع الأوقات، فإذا عفت عنه كان عفوها إسقاطاً لحقها من الضرر الماضي، فسقط، ولم يكن عفواً عن حقها في المستقبل، لأنه عفو عما لم يجب، وجرى ذلك مجرى عفوها عن النفقة يسقط حقها الماضي، ولا يسقط حقها في المستقبل، وخالف العنة التي تسقط بالعفو ولا يجوز العود في المطالبة بها، والفرق بينهما أن العنة عيب مستديم يكون العفو عنه إسقاطاً، فجرى مجرى سائر العيوب في النكاح من الجب والبرص والجنون التي تسقط بالعفو ولا يجوز العود فيها، وليس الإيلاء عيباً وإنما هو ضرر لا يستديم فكان العفو عنه تركاً، ولم يكن إسقاطاً كالدين إذا تركه بالإنظار جاز العود فيه.

فإن قيل فهلا كان العفو في الإيلاء جارياً مجرى الإبراء في الدين الذي لا يجوز العود فيه بعد الإبراء منه، قيل الفرق بينهما أن الإبراء من الدين إسقاطاً للدين فلم يجز العود فيه بعد سقوطه، وليس العفو في الإيلاء إسقاطاً لليمين، فجاز العود فيه بعد العفو لثبوته.

فصل: وإذا صح جواز عودها في المطالبة بعد العفو أجزأ مدة الوقف الماضي عن تجديد وقف مستأنف في المطالبة بخلاف سقوط المطالبة بالطلاق الذي يستأنف الوقف فيه بالعدة بعد الرجعة، والفرق بينهما أنها قد استوفت حقها بالطلاق، فاستؤنف له الوقف بعد الرجعة ولم يستوف حقها بالعفو فلم يستأنف له الوقف بعد المطالبة فلا وجه لمن جمع من أصحابنا بين العفو والطلاق في استئناف الوقف فيهما لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الأَمَةِ وَلاَ لِوَلِيِّ مَعْتُوهَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن المطالبة في الإيلاء تختص بحقوق الاستمتاع وذلك مما تختص به الزوجة دون وليها وسيدها؛ لأنه موقوف على شهوتها والتزازها فإذا عفت عنه الزوجة صح عفوها وإن كانت أمة، ولم يكن لسيدها المطالبة فإن قيل

فهلا استحق السيد المطالبة بالوطء لحقه في ملك الولد، قيل: لأن الوطء المستحق في الإيلاء والعنة يكون بالتقاء الختانين دون الإنزال، وذلك مما لا يحدث عنه إحبال، فلم يتعلق للسيد به حق، هكذا لو عفا السيد مع مطالبتها لم يؤثر عفو السيد في حقها من المطالبة، وجرى ذلك مجرى الفسخ بالعيوب من الجنون والجذام والبرص تستحقه دون سيدها فإن عفت عنه لم يكن للسيد المطالبة به، وإن طالبت به لم يكن للسيد العفو عنه، فأما المعتوهة فلا يصح منها المطالبة بحقها في الإيلاء، لأنه لا حكم لقولها بخلاف الأمة، وليس لوليها المطالبة كما ليس لسيد الأمة، فإن قيل فهلا كان لولي المعتوهة المطالبة بحقها من الإيلاء؛ لأن له استيفاء حقوقها كالديون، وخالف السيد لأنه يستوفي بها حق نفسه لا حق أمته، قيل يستويان في حكم الإيلاء وإن افترقا في المعنى، لأن حق الإيلاء مقصور على اختيار الاستمتاع الموقوف على شهوتها، وليس من حقوق الأموال التي يستوفيها الولي في حقها، والسيد في حق نفسه.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلاَ إِيْلاَءَ عَلَيْهِ لأَنَّهَا تَنْقَضِي وَهُوَ خَارِجٌ مِنَ اليَمِيْنِ».

قال الماوردي: وهذا قد ذكرناه وإن المولي من استحقت مطالبته بعد أربعة أشهر، فإذا حلف على أربعة أشهر لم تستحق عليه المطالبة، لأنه يقدر على الإصابة من غير حنث والمولي من لم يقدر على الإصابة بعد الوقف إلا بالحنث فخرج من حكم الإيلاء، وصار ملتزماً لحكم اليمين في غير الإيلاء وإن وطىء وإن لم يطأ لم يحنث والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حَلَفَ بِطَلاَقِ امْرَأَتِهِ لاَ يَقْرُبُ امْرَأَةً لَهُ أُخْرَى ثُمَّ بَانَتْ مِنْهُ ثُمَّ نَكَحَهَا فَهول مُولٍ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ لَوْ آلَى مِنْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ نَكَحَهَا نِكَاحاً جَدِيداً وَسَقَطَ عَنْهُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ وَإِنَّمَا يَسْقُطُ عَنْهُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ لأَنَّهَا صَارَتْ فِي حَالٍ لَوْ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ طَلاَقُهُ عَلَيْهَا وَلَوْ جَازَ أَنْ تَبِينَ امْرَأَةُ المُولَى حَتَّى تَصِيرَ أَمْلَكَ لِنَفْسِهَا مِنْهُ ثُمَّ يَنْكِحُهَا فَيَعُودُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ جَازَ هَذَا بَعْدَ ثَلاَثٍ وَزَوْجَ غَيْرُهُ لأَنَّ اليَمِينَ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا فِي امْرَأَةٍ بِعَيْنِهَا يُكَفِّرُ إِنْ أَصَابَهَا كَمَا كَانَتْ قَائِمَةً قَبْلَ التَّزْوِيجِ وَهَكَذَا الظِّهَارُ مِثْلُ الإِيلاَءِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له زوجتان حفصة وعمرة، فقال يا حفصة إن وطئتك فعمرة طالق فهذا مول من حفصة، وحالف بطلاق عمرة، فإن أحدث طلاق أحدهما، لم يخل من أن يطلق حفصة المولى منها أو يطلق عمرة المحلوف بطلاقها،

فإن طلق حفصة المولى عليها ثم راجعها فالإيلاء منها بعد الرجعة باق وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة انقطع الإيلاء منها، فإن عاد فاستأنف نكحها بعقد جديد، نظر فإن نكاحها بعد زوج من طلاق ثلاث، فعلى قوله في الجديد كله، وأحد قوليه في القديم لا يعود الإيلاء، وعلى القول الثاني في القديم يعود، فإن كان الطلاق أقل من ثلاث، فعلى قوله في القديم كله وأحد قولين في الجديد يعود الإيلاء، وعلى القول الثاني في الجديد لا يعود، وإن شئت قلت فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعود الإيلاء في الطلاقين.

والثاني: لا يعود في الطلاقين.

والثالث: يعود إن كان الطلاق دون الثلاث، ولا يعود إن كان ثلاثاً، وهو قول أبي حنيفة، كما بينا عدد الطلاق في أحد النكاحين على الآخر إن كان دون الثلاث ولا شيء عليه إن كان ثلاثاً. سواء قلنا إن الإيلاء يعود على هذه المطلقة أو لا يعود عليها فاليمين بطلاق عمرة باقية، لا تنتقض، لأن اليمين بطلاقها يجوز أن يعلق بوطء الأجنبية كما يجوز أن يعلق بوطء الزوجة، ألا تراه لو قال لزوجته: إن وطئت هذه الأجنبية فأنت طالق، ثم نكح الأجنبية ووطئها طلقت زوجته المحلوف بطلاقها.

فصل: فأما إن طلق عمرة المحلوف بطلاقها، فإن كان طلاقاً رجعياً فما كانت في عدتها فاليمين بطلاقها باقية لأنه لو طلقها في العدة وقع الطلاق فكان أولى أن يبقى فيه اليمين بالطلاق، فعلى هذا يكون الإيلاء من حفصة باقياً بحاله ما لم تنتقض عدة عمرة، فإن راجع عمرة في عدتها فاليمين بطلاقها باقية بحالها والإيلاء في حفصة باق بحالها فإن لم يراجعها حتى انقضت عدتها من الطلاق الرجعي أو كان الطلاق بائناً بثلاث أو في خلع لغير مدخول بها سقط حكم اليمين بطلاقها، لأنها في حال لا يلحقها الطلاق المبتدأ فكان أولى أن لا يلحقها بصفة متقدمة، فعلى هذا يسقط حكم الإيلاء في حفصة، لأنه يقدر على إصابتها ولا يستضر بطلاق غيرها، فإن عاد فنكح عمرة المحلوف بطلاقها بعقد جديد نظرت، فإن نكحها بعد أن وطء حفصة المولى منهما في زمان بينونتها سقطت يمينه بطلاق عمرة لوجود الصفة من غير حنث، فلم يتعلق بوجودها من بعد ذلك حنث، وإن نكح عمرة المحلوف بطلاقها قبل أن يطأ حفصة المولى منها فهل تعود يمينه بطلاق عمرة في النكاح الثاني أم لا؟ إن كان الطلاق الأول ثلاثاً فعلى قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم لا يعود وعلى القول الثاني في القديم: تعود اليمين، وإن كان الطلاق الأول دون الثلاث، فعلى قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد تعود اليمين وعلى القول الثاني في الجديد: لا تعود، وإن شئت قلت في عود اليمين ثلاثة أقاويل:

أحدها: تعود اليمين في الطلاقين.

والقول الثاني: لا تعود اليمين في الطلاقين.

والقول الثالث: تعود اليمين إن كان الطلاق الأول أقل من ثلاث، ولا تعود إن كان ثلاثاً فعلى هذا إن قلنا إن يمينه بطلاق عمرة تعود في نكاحها الثاني عاد إيلاؤه من حفصة لأنه متى أصابها طلقت عمرة، وإن قلنا إن يمينه بطلاق عمرة لا يعود في نكاحها الثاني لم يعد إيلاؤه من حفصة لأنه متى أصابها لم تطلق عمرة، فإن قيل فلم كان عود الإيلاء في حفصة معتبراً بعود الطلاق في عمرة ولم يكن عود الطلاق في عمرة معتبراً بعود الإيلاء في حفصة؟ قلنا: لأن الإيلاء في حفصة لا يجوز أن يكون معقوداً بوطء أجنبية والطلاق في عمرة يجوز عقده بوطء الأجنبية والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى مِنَ امْرَأَتِهِ الأَمَةَ ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَخَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَوِ العَبْدِ مِنْ حُرَّةٍ ثُمَّ اشْتَرَتْهُ فَتَزَوَّجَتْهُ لَمْ يَعُدِ الإِيْلَاءُ لِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا كُلُّهُ أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ لأَنَّ كُلَّ نِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ حَدَثَ لَمْ يُعْمَلْ فِيْهِ إِلَّا قَوْلٌ وَإِيْلَاءٌ وَظِهَارٌ يَحْدُثُ فَالْقِيَاسُ أَنَّ كُلَّ حُكْمٍ يَكُونُ فِي مِلْكٍ إِذَا زَالَ ذَلِكَ المِلْكُ زَالَ مَا فِيْهِ مِنَ الحُكْمِ فَإِذَا زَالَ نِكَاحُهُ فَبَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ زَالَ حُكْمُ الإِيْلَاءِ عَنْهُ فِي مَعْنَاهُ».

قال الماوردي: وهاتان مسألتان مختلفتا الصورة متفقتا الحكم:

إحداهما: في حر تزوج أمه وآلى منها ثم اشتراها، فبطل بالشراء نكاحها ثم تزوجها بعد عتقها أو بيعها، هل يعود الإيلاء منها أم لا؟

والثانية: في عبد تزوج وآلى منها ثم اشترته فبطل النكاح بالشراء ثم عاد فتزوجها بعد عتقه أو بيعه، هل يعود الإيلاء منها أم لا؟

والجواب في عود الإيلاء فيهما مبني على اختلاف أصحابنا في الفسخ بالملك هل يجري مجرى الطلاق الثلاث، أو يجري مجرى ما دون الثلاث، وفيه لهم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الطلاق الثلاث، لأن الفسخ قد رفع جميع أحكام النكاح المتقدم كالطلاق الثلاث.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى ما دون الثلاث من الطلاق لأنه إذا طلقها في النكاح الثاني بنته على عدد الطلاق في النكاح الأول، ولأنها تحل قبل زوج بخلاف الثلاث.

فعلى هذا إن قلنا: إنه يكون كالطلاق الثلاث لم يعد الإيلاء على قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم، وعاد على القول الثاني في القديم، وإن قلنا: إنه يكون كالطلاق إذا كان أقل من ثلاثة، فعلى هذا يعود الإيلاء على قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد ولا يعود على القول الثاني في الجديد.

فصل: فأما المزني فإنه قال لا يعود الطلاق والإيلاء والظهار في النكاح الثاني إذا كان معقوداً في النكاح الأول احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أنه حكم تعلق بعقد، فإذا زال ذلك العقد زال حكمه، وهذا فاسد بعدد الطلاق بزوال عقده ولا يزول حكمه، ويكون في النكاح الثاني معتبراً بالنكاح الأول.

والاحتجاج الثاني: إن قال قد صارت في حال لو آلى منها أو طلقها لم يصح، فكذلك لا يصح أن يستدام فيها حكم الإيلاء والطلاق، وهذا فاسد بالجنون، لأنه لا يصح أن يبتدىء فيه الإيلاء والطلاق، ويصح أن يستدام فيه ما تقدم من الإيلاء والطلاق، والله أعلم.

مسألة قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالإِيْلَاءُ يَمِيْنٌ لِوَقْتٍ فَالحُرُّ والْعَبْدُ فِيْهَا سَوَاءٌ أَلَا تَرَى أَنَّ أَجَلَ العَبْدِ وَأَجَلَ الحُرِّ العِنِّينِ سَنَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما، قال: مدة الوقف في الإيلاء مقدرة بأربعة أشهر مع الحر والعبد في الحرة والأمة، وقال مالك، وأبو حنيفة: تنتصف المدة بالرق، ثم اختلفا.

فقال مالك: يعتبر بها الزوج دون الزوجة، فوقف العبد شهرين وإن كانت زوجته حرة.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتبر بها الزوجة دون الزوج فيوقف للأمة شهرين وإن كان زوجها حراً.

فأما مالك فجعله معتبراً بالطلاق، لأنهما يوجبان الفرقة، والعبد يملك طلقتين مع الحرة والأمة، وأما أبو حنيفة فجعله معتبراً بالعدة لأن بها تقع البينونة، والأمة تعتد بقرأين مع العبد والحر.

والدليل عليهما: قول الله تعالى ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولم يفرق بين الحر والعبد مع الحرة والأمة فكان على عمومه، ولأنها مدة ضربت في عقد لرفع الضرر الداخل في الاستمتاع فلم تختلف بالحرية والرق كالعنة؛ ولأنها يمين لوقت فوجب أن يستوي فيها الحر والعبد كسائر الأيمان،

وهذه دلالة الشافعي؛ ولأنه قصد تحريم الاستمتاع بلفظ كان طلاقاً في الجاهلية، فوجب أن يستوي فيه الحر والعبد كالظهار.

فأما اعتبار مالك بالطلاق فلا يصح؛ لأن الطلاق إزالة ملك والحر والعبد يختلفان في الملك فاختلفا في إزالته، ومدة الإيلاء موضوعة لرفع الضرر لا لإزالة المالك، والضرر يستوي فيه الحر والعبد فاستويا في مدة إزالته.

وأما اعتبار أبي حنيفة بالعدة فلا يصح، لأن في العدة استبراء وتعبداً، فالاستبراء بقرء واحد تشترك فيه الحرة والأمة، والقرآن الزائدان تعبد تختلف فيه الحرة والأمة كالحدود، فاختصت الأمة بنصفة وهو أحد القرءاين فصارت عدتها تعبداً واستبراء قرءاين، ومدة الإيلاء موضوعة لما ذكرنا من رفع الضرر الذي يستوي فيه الحرية والرق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ قَدِ انْقَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ وَقَالَ لَمْ تَنْقَضِ فَالْقَوْلِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِيْنِهِ وَعَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ».

قال الماوردي: إذا اختلفا في انقضاء المدة فادعتها وأنكرها فالقول قول الزوج مع يمينه، في بقاء المدة ولا مطالبة عليه لثلاثة معان:

أحدها: أننا على يقين من بقائها، وفي شك من انقضائها.

والثاني: أنه حلف في وقت الإيلاء وهو فعل الزوج فكان قوله فيه أثبت كما لو اختلفا في أصله.

والثالث: أن الأصل بثبوت النكاح، وهي تدعي ما يخالفه من استحقاق الفرقة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى مِنْ مُطَلَّقَةٍ يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا كَانَ مُولِياً مِنْ حِينَ يَرْتَجِعُهَا وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْ رَجْعَتَهَا لَمْ يَكُنْ مُولِياً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وفي بعض النسخ ولو لم يراجعها لم يكن مولياً، وكلا النقلين صحيح وهما مسألتان:

إحداهما: أن يولي من مطلقة يملك رجعتها في العدة، فالإيلاء منها في عدتها منعقد، لأن أحكام النكاح جارية عليها في عدة الرجعة من التوارث ووجوب النفقة ووقوع الطلاق، والظهار فكذلك الإيلاء، وإذا انعقد إيلاؤه نظر، فإن لم يراجع سقط حكم الإيلاء بالطلاق المتقدم عليه، وإن استقر الإيلاء واستحقت المطالبة لأن الرجعة قد رفعت ما تقدم من تحريم الطلاق، وإذا استقر إيلاؤه بالرجعة كان أول مدة الوقف من وقت الرجعة لا من وقت الإيلاء.

وقال أبو حنيفة رحمه الله أول المدة من وقت الإيلاء بناءاً على أصله في أن الرجعية غير محرمة، ونحن نبني على أصلنا في أن الرجعية محرمة لأمرين:

أحدهما: أن مدة الإيلاء مضروبة في نكاح كامل فيقصد بها رفع الضرر الداخل عليها وقد دخل الضرر عليها بالطلاق الرجعي حتى منعت بها النكاح، فخرج هذا الإيلاء قبل الرجعة أن يكون مختصاً بالضرر فلم يحتسب في المدة.

والثاني: أن مدة الإيلاء مضروبة ليأخذ بالإصابة عند انقضائها، وانقضاء المدة في العدة يمنع من أخذه بالإصابة فلم يجز أن يكون محسوباً من المدة.

فصل: وأما المسألة الثانية: فهو أن يولي من معتدة في طلاق بائن، إما لأنه ثلاث، وإما لأنه دونها بعوض فلا ينعقد الإيلاء منها كالأجنبية فلو نكحها بعد ذلك بعقد لم يصر مولياً، وكان حالفاً لا تلزمه المطالبة.

وقال مالك: يكون بإيلائه منها في العدة البائن مولياً إذا نكحها وكذلك لو آلى منها وهي أجنبية ثم نكحها كان مولياً، وهكذا عند أبي حنيفة على قوله في عقد الطلاق قبل النكاح.

وفيما تقدم معه من الدليل في الطلاق كاف في الإيلاء مع قول الله تعالى **﴿للذين يؤلون من نسائهم تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾** [البقرة: ٢٢٦] وليست هذه من نسائه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالإِيْلاَءُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَذِمِّيَّةٍ سِوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم قوله تعالى **﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾** [البقرة: ٢٢٦] ولم يفرق؛ ولأن من ملك الطلاق ملك الإيلاء والظهار كالحر المسلم مع الحرة المسلمة؛ ولأنهن في أحكام الزوجية سواء، فوجب أن يكون في الإيلاء سواء والله أعلم.

الْوَقْفُ مِنْ كِتَابِ الإِيْلَاءِ وَمِنْ الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَالإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرُ لِلْمَوْلَى وَقَفَ وَقِيلَ لَهُ إِنْ فِئْتَ وَإِلاَّ فَطَلِّقْ وَالْفَيْئَةُ الْجِمَاعُ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ فَيَفِيءُ بِاللِّسَانِ مَا كَانَ الْعُذْرُ قَائِماً فَيَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنَ الضِّرَارِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه لا مطالبة على المولى قبل انقضاء مدة الإيلاء وهي تربص أربعة أشهر، فإذا انقضت كان الخيار إليها في مطالبته وتركه فإن طالبت كان الزوج مخيراً بين الفيئة أو الطلاق كما قال تعالى ﴿فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فأيهما فعل لم يكن للزوجة مطالبته بالآخر فإن طلق فلم يكن لها مطالبته بالفيئة، وإن فاء لم يكن لها مطالبته بالطلاق.

فصل: فإذا تقرر أنه مخير فيهما فقد مضى الكلام في صفة الطلاق، وأنه رجعي، فإن زاد على الواحدة كان متطوعاً بها.

وأما الفيئة فهي الجماع لأن الفيء في اللغة الرجوع إلى ما فارق، قال الله تعالى ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] أي ترجع إلى طاعة الله، وهو بالإيلاء ممتنع من الجماع فكانت الفيئة الرجوع إليه، وإذا كانت الفيئة الرجوع إلى الجماع فلا يخلو حاله من أن يكون قادراً عليه أو عاجزاً عنه فإن كان قادراً عليه لم يكن فايئاً إلا بجماع، وأقله ما ذكرناه من التقاء الختانين، وإن كان عاجزاً عنه لعذر من مرض أو غيره لزمه أن يفيء فيء معذور بلسانه، وهو أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت عليه لفعلته، وإذا قدرت عليه فعلته فيقوم فيئه بلسانه في حال عذره في إسقاط المطالبة مقام فيئته بوطئه.

وقال أبو ثور: لا يلزمه الفيئة باللسان حتى يقدر عليها بالوطء، ويؤخر المطالبة إلى زوال العذر استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لو لزمه في حال العذر أن يفيء بلسانه لما لزمه الفيئة بالوطء بعد زوال عذره لسقوط الحق بما تقدم.

والثاني: أنه لو قام مقام الوطء في سقوط المطالبة لقام مقامه في وجوب الكفارة.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] والفيئة الرجوع، ولم يفرق بين رجوع بالقول أو رجوع بالفعل؛ ولأن الفيئة تراد لدفع الضرر بالإيلاء وسكون النفس إلى زواله بها وقد يرتفع الضرر وتسكن النفس بقول العاجز كما يرتفع بفعل القادر ولأن الفيئة ترفع الضرر كالشفعة ثم ثبت أن المطالبة بها مع القدرة على أحدهما يكون بالفعل وهو دفع الثمن وانتزاع المبيع فإن عجز عنها كانت المطالبة فيها بالقول وهو الإشهاد على نفسه بالطلب كذلك الفيئة في الإيلاء.

فأما استدلال أبي ثور بأن المطالبة لو سقطت بفيء اللسان لما وجبت لزوال العذر، ففاسد بالمطالبة بالشفعة تكون بالقول مع العجز ولا يسقط حق الطلب بالفعل عند زوال العذر ونحن أوجبنا عليه عند عدم الماء والتراب أن يصلي، ولا تسقط الصلاة إذا قدر على الماء إحدى الطهارتين.

وأما استدلاله بأنه لما لم تجب به الكفارة لم تسقط به المطالبة ففاسد، لأن الفيئة غير معتبرة بوجوب بالكفارة ألا ترى أن المجنون يفيء فتسقط المطالبة وتصح الفيئة ولا تجب عليه الكفارة.

فصل: فإذا ثبت أن الفيئة باللسان تسقط المطالبة في حال العذر، فإذا زال العذر سقط حكم الفيئة باللسان ولزمه أن يفيء بالجماع كالشفيع إذا أشهد بالطلب في الغيبة ثم حضر جدد المطالبة بدفع الثمن وانتزاع المبيع ويصير كالمبتدىء بالعلم في الحضور.

وقال أبو حنيفة لا يلزمه أن يفيء بالوطء عند القدرة بعد أن فاء بلسانه في حال العجز؛ لأن ما كان فيئة في الإيلاء لم يلزمه إعادة فيئة كالوطء.

ودليلنا مع ما قدمناه من الشفعة هو أن الوطء حق ثبت لها مع القدرة فلم يسقط بالعجز حكم القدرة كسائر الحقوق؛ ولأن ما لم يحنث به في الإيلاء لم يسقط به الوطء المستحق في الإيلاء كالقبلة؛ ولأن فيئة اللسان لا تتم إلا أن يعد فيها بالوطء مع القدرة فلم يجز أن يسقط بها فوجب وعده عند القدرة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَامَعَ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيْلَاءِ وَكَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: أما إن كانت يمينه على أقل من أربعة أشهر فليس بمول ومتى

وطء وجبت عليه كفارة يمينه لا يختلف، سواء كانت بالله تعالى أو بغير الله، وإن كانت يمينه على أكثر من أربعة أشهر فهو مول، فإن فاء فيها بالوطء نظر في يمينه، فإن كانت بعتق أو طلاق علقهما بوطئه، فوطؤه موجب للحنث بوقوع الطلاق والعتق، وإن كانت يمينه بالله تعالى ففي وجوب الكفارة عليه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أشار إليه في موضع منه أنه لا كفارة عليه؛ لأن الله تعالى جعل للإيلاء حكمين:

أحدهما: الفيئة أو الطلاق، فلم يجز أن يضم إليهما ثالث هو الكفارة لما في إيجابها من زيادة حكم على النص، ولأن الله تعالى وصف الفيئة بالغفران فقال تعالى ﴿فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وما غفر لن يكفر كقوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] فلم يكفر لغو اليمين للعفو عنه ولأنه يخير بين الفيئة أو الطلاق، فلما لم يجب بالطلاق تكفير لم يجب بالفيئة تكفير.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح أن الكفارة عليه واجبة لقول الله تعالى ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فكان على عمومه في الإيلاء وغيره، ولأن النبي ﷺ قال «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه» وفيئة المولي في الأربعة أشهر خير سنها بعدها وذلك لا يمنع من وجوب التكفير، ولأن يمين المولي أغلظ من يمين غير المولى ثم ثبت أنه لو لم يكن مولياً بيمينه لكفر بحنثه، فإذا كان مولياً فأولى أن يكفر؛ ولأن يمينه بالله تعالى أغلظ مأثماً من يمينه بالعتق والطلاق، فلما لزمه العتق والطلاق إذا حنث بهما فأولى أن تلزمه الكفارة إذا حنث بالله تعالى.

فإذا تقرر توجيه القولين فقد اختلف أصحابنا في محل القولين:

فذهب بعضهم إلى أنها من عموم الفيئة قبل المدة وبعدها في أن وجوب الكفارة بها على قولين:

وذهب آخرون منهم إلى أن القولين في وجوب الكفارة بعد المدة، فأما الفيئة قبل المدة فموجبة للكفارة قولاً واحداً، وفرقوا بين الموضوعين بأنها قبل انقضاء المدة غير واجبة فأوجبت الكفارة قولاً واحداً وبعد انقضاء المدة واجبة فجاز أن تسقط الكفارة في أحد القولين كالحلق في الإحرام يوجب الكفارة إذا لم تجب ولا يوجبها إذا وجب، وهذا الفرق غير مؤثر والتسوية بين الموضعين أولى، ألا ترى أن الكفارة تجب في حنث الطاعة كوجوبها في حنث المعصية فأما حلق المحرم فلا شبه فيه للإيلاء، لأن الحلق في وقفة نسك فلم يكفر في غير وقفه فليس بنسك ثم يستوي حكمه إذا لم يكن

نسكاً بين مباحة للحاجة ومحظورة عند عدم الحاجة في وجوب الكفارة فيها كذلك الفيئة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَجِّلْنِي فِي الْجِمَاعِ لَمْ أُؤَجِّلْهُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ فَإِنْ جَامَعَ خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيْلاَءِ وَعَلَيْهِ الحَنْثُ فِي يَمِيْنِهِ وَلاَ يبين أَنْ أُؤَجِّلَهُ ثلاثاً وَلَوْ قَالَهُ قَائِلٌ كَانَ مَذْهَباً فَإِنْ طَلَّقَ وَإِلاَّ طَلَّقَ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ وَاحِدَةً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى قَدْ قَطَعَ بِأَنَّهُ يُجْبَرُ مَكَانَهُ فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ وَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ وَهَذَا بِالْقِيَاسِ أَوْلَى وَالتَّأْقِيتِ لاَ يَجِبُ إِلاَّ بِخَبَرٍ لاَزِمٍ وَكَذَا قَالَ فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّ مَكَانَهُ فَإِنْ تَابَ وَإِلاَّ قُتِلَ فَكَانَ أَصَحَّ مِنْ قَوْلِهِ ثَلاَثاً».

قال الماوردي: أما إذا سأل الإنظار بالفيئة لعجزه عنها بالمرض فإنه يؤمر أن يفيء بلسانه فيء معذور على ما مضى، فإذا سأل الإنظار بها بغير مرض فالمدة تنقسم في إنظاره ثلاثة أقسام، قسم يجاب إليه، وقسم لا يجاب إليه، وقسم مختلف فيه.

فأما القسم الذي يجاب إليه فهو أن يسأل إنظار يومه أو إنظار ليلته فهذا يجاب إلى ما سأل من إنظار يومه أو ليلته؛ ولأنه ربما كان جائعاً فأمهل لأكله أو شبعاً فأمهل لهضمه، وما أشبه هذا فينظر له ليهدأ بدنه إلى وقت يعرف أنه زال ذلك العارض الذي يضطرب البدن له لأن الجماع يكون بأسباب محركة تختلف الناس فيها فأمهل لها.

وأما القسم الثاني: الذي لا يجاب إليه فهو أن يسأل الإنظار أكثر من ثلاثة أيام فلا يجاب إلى ذلك لأن ما زاد على الثلاث في حدة الكثرة ولأنه لو أجيب إلى ذلك لزادت مدة التربص على النصّ، وصار باستنظاره أكثر من ثلاث كالممتنع من الفيئة على ما ذكرناه من القولين:

أحدهما: يحبس حتى يفيء أو يطلق.

والقول الثاني: يطلق الحاكم عليه.

فأما القسم الثالث المختلف فيه، فهو إذا سأل إنظار ثلاثة أيام ففي إجابته إليها قولان:

أحدهما: لا يجاب إليها لما فيها من الزيادة على مدة النص ولأنها تقتضي تأخير حق بعد الوجوب كالديون التي لا يلزم الإنظار بها مع القدرة عليها.

والقول الثاني: أنه يجاب إلى إنظار ثلاثة أيام لأنها حد بين القلة والكثرة، فهي حد لأكثر القليل وأقل الكثير، فلما نظر بالقليل جاز أن ينتهي إلى غاية حده، ولأن الله تعالى قد أوعد بعذاب قريب انظر فيه ثلاثاً فقال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَمَسُّوهَا بِسُوءٍ

فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ﴾ [هود: ٦٤ ـ ٦٥] فكان هذا الإنظار في الأحكام أولى منه في العذاب المحتوم، وهكذا إذا استنظر العنين ثلاثاً بعد السنة كان على هذين القولين، وأصل القولين في هذا الموضع إنظار المرتد ثلاثاً وفيه قولان، ثم اختلف أصحابنا في إنظار الزوج ثلاثاً على هذا القول، هل هو واجب أو استحباب؟ على وجهين:

أحدهما: أنه واجب كإنظار المرتد بها فعلى هذا ينظر بها سواء استنظرها أم لا كالمرتد.

والوجه الثاني: وهو الأظهر واختاره الداركي أنها استحباب ينظر بها إن استنظرها ولا ينظر بها إن لم يستنظر ويؤخذ بتعجيل الفيئة أو الطلاق، والفرق بين هذا والمرتد، أن إنظار المرتد في حق الله تعالى، فلم يقف على استنظاره، وإنظار هذا في حقه، فوقف على استنظاره.

فصل: فأما المزني فإنه منع من إنظار الثلاث احتجاجاً بالمرتد، وهذا خطأ لأن المرتد ينظر ثلاثاً في أحد القولين فاستويا، بل القولان في المرتد أظهر منهما في الزوج، ثم احتج على إبطال الإنظار بالثلاث بأمرين:

أحدهما: إن قال هو بالقياس أولى، وليس هكذا؛ لأنه ليس قياس الثلاث على ما زاد عليها بأولى من قياسها على ما نقص عنها.

والثاني: إن قال التأقيت لا يجب إلا بخبر لازم، وهذا ليس بصحيح على مذهب الشافعي، لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى هذا، والشافعي ثبت التوقيت بالنص والمعنى على أن في الثلاث نصاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنَّمَا قُلْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ وَاحِدَةً لأَنَّهُ كَانَ عَلَى المَوْلَى أَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ إِذَا كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْفَيْئَةِ إِلَّا بِهِ فَإِذَا امْتَنَعَ قَدَرَ عَلَى الطَّلَاقِ عَنْهُ وَلَزِمَهُ حُكْمُ الطَّلَاقِ كَمَا يَأْخُذُ مِنْهُ كُلَّ شَيْءٍ وَجَبَ عَلَيْهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ أَنْ يُعْطِيَهُ (وقال في القديم) فِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ أَحَبُّهُمَا إِلَيْهِ وَالثَّانِي يَضِيقُ عَلَيْهِ بِالحَبْسِ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ لأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْهُ (قال المزني) رَحِمهُ اللَّهُ تَعَالَى لَيْسَ الثَّانِي بِشَيْءٍ وَمَا عَلِمْتُ أَحَداً قَالَهُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه إذا امتنع بعد المدة من الفيئة أو الطلاق، هل يطلق الحاكم عليه أم لا على قولين أصحهما تطلق عليه، وإذا كان هكذا: فإن كان الزوج هو المطلق كان مخيراً في عدد الطلاق وأقله واحدة يملك فيها الرجعة فإن طلق اثنتين فإن

الرجعة بعدها، وإن طلق ثلاثاً بانت وطلاقه واقع في أي زمان أوقعه قبل المدة وبعدها، إلاَّ أنه قبل المدة غير مستحق وبعد المدة مستحقة.

وإن كان الحاكم هو المطلق، فطلاقه معتبر بثلاث شروط:

أحدهما: أن يكون الزوج ممتنعاً منه فإن كان غير ممتنع منه فطلق الحاكم عليه ولم يقع طلاقه.

والثاني: أن يكون مقصوراً على العدد المستحق وهو طلقة واحدة، فإن طلق أكثر منها وقعت الواحدة ولم يقع الزيادة عليها.

والفرق بينه وبين الزوج: أن الحاكم موقع ما وجب والزوج يوقع ما ملك.

والثالث: أن يوقع الطلاق في زمان الوجوب، وذلك بعد انقضاء المدة، فإن طلق قبل انقضائها لم يقع طلاقه؛ لأنه لم يجب ما يستوفيه، وإن طلق بعد انقضائها، لم يخل من أن يكون قبل الثلاث أو بعدها، فإن طلق بعد الثلاث وقع طلاقه، وإن طلق قبل الثلاث فهو مبني على ما ذكرنا من القولين في إنظار المولى بالفيئة ثلاثاً، فإن قلنا إنه لا ينظر بها وقع طلاق الحاكم قبلها، وإن قلنا إنه ينظر بها ففي وقوع طلاقه قبلها وجهان بناءاً على اختلاف الوجهين في الثلاث، هل يجب شرعاً أو استنظاراً فإن قيل يجب استنظاراً وقع طلاق، وإن قيل يجب شرعاً لم يقع طلاق، هذا إن كان الحاكم يرى إنظار الثلاث، فأما إن كان لا يراها وقع طلاقه وجهاً واحداً لأنه عن اجتهاد سائغ.

فصل: فأما إن طلق الحاكم والزوج جميعاً فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدهما: إن يطلق الزوج ثم يطلق الحاكم بعده فطلاق الزوج واقع وطلاق الحاكم غير واقع لأنه غير واجد وسواء علم الحاكم بطلاق الزوج أو لم يعلم.

والقسم الثاني: أن يطلق الحاكم ثم يطلق الزوج بعده فننظر، فإن علم الزوج بطلاق الحاكم وقع طلاق الزوج وطلاق الحاكم، وإن لم يعلم الزوج بطلاق الحاكم ففي وقوع طلاقه وجهان:

أحدهما: لا يقع لأنه واجب قد سبق الحكم باستيفائه منه.

والوجه الثاني: يقع طلاقه، لأنه يملك ما وجب وما لم يجب، فإذا استوفى الحاكم الواجب ولم يستكشف الزوج عنه وقع طلاقه غير واجب.

والقسم الثالث: أن يطلق الزوج والحاكم معاً في حالة واحدة فطلاق الزوج واقع وفي وقوع طلاق الحاكم وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة يقع طلاقه أيضاً، لأنه لم يسبقه الزوج بالطلاق.

والوجه الثاني: لا يقع لأنه لم يسبق الزوج بالطلاق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «وَيُقَالُ لِلَّذِي فَاءَ بِلِسَانِهِ مِن عذر إِذَا أَمْكَنَكَ أَنْ تُصِيبَهَا وَقَفْنَاكَ فَإِنْ أَصَبْتَهَا وَإِلاَّ فَرَّقْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَهَا».

قال الماوردي: وهذا مما قد ذكرناه في فيئة اللسان بالعذر، فإذا زال عذره زال حكم فيئته بلسانه وطولب بالإصابة لأمرين:

أحدهما: أن من حكم فيئته بلسانه أن يعد بالإصابة عند إمكانه فلذلك كان مأخوذاً بها لأجل وعده.

والثاني: أن الإنظار إذا كان بعذر زال حكمه بزوال العذر كإنظار المعسر وكإنظار الغائب بالشفعة إذا حضر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ حَائِضاً أَوْ أَحْرَمَتْ مَكَانَهَا بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَلَمْ يَأْمُرُهَا بِإِحْلَالٍ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ سَبِيلٌ حَتَّى يُمْكِنَ جِمَاعُهَا أَوْ تَحِلُّ إِصَابَتُهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والأسباب المانعة من الوطء ضربان:

أحدهما: ما كان من جهة الزوجة.

والثاني: ما كان من جهة الزوج.

فأما ما كان من جهة الزوج فالوقف المأخوذ فيه وقفان، وقف للزوج ووقف للزوجة فأما وقف الزوج فهو مدة التربص التي ضربها الله تعالى للمولى، وهي الأربعة أشهر وأما وقف الزوجة فهو زمان المطالبة بعد انقضاء الأربعة أشهر، وإذا كان كذلك لم تخل الأسباب المانعة من الوطء إذا كانت حادثة من جهة الزوجة من أن تكون موجودة في مدة التربص أو في مدة المطالبة، فإن كانت في مدة المطالبة فجميعها مانعة من المطالبة سواء كان المانع المضاف إليها لعجز أو شرع فالمانع لعجز كالضنا والمرض الذي لا يمكن معه إصابتها، وكالجنون الذي يخاف منه والإغماء الذي لا تميز معه والحبس بظلم أو بحق.

وأما المانع بالشرع مع المكنة من الوطء فالإحرام بحج أو عمرة، سواء كان بإذن الزوج أو بغير إذنه استحق فسخه عليها أو لم يستحق؛ لأنها لا تقدر بنفسها على الخروج منه، والصوم المفروض سواء تعين زمانه أو لم يتعين لأنه لا يجوز لها

الخروج من صوم المفروض وإن لم يتعين، فأما صوم التطوع فمخالف له؛ لأنه يجوز لها الخروج منه، ومن ذلك الحيض والنفاس يمنعان الوطء بالشرع، فأما الاستحاضة فلا تمنع من ذلك، ومن ذلك الردة عن الإسلام يحرم فيها الوطء، فإذا وجد في زمان المطالبة وهو الوقف الثاني هذه الأسباب المانعة من الوطء من جهتها منعها ذلك من المطالبة بحقها من الإيلاء سواء كان منع عجز أو منع شرع؛ لأن المطالبة بالفيئة يكون مع استحقاقها وهي تستحقها إذا قدرت على التمكين منها وهي غير قادرة على التمكين فسقط الاستحقاق، وإذا سقط الاستحقاق سقطت المطالبة، وسيأتي بقية التقسيم في المسطور والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِذَا كَانَ الْمَنْعُ لَيْسَ مِنْ قبلِهِ مِثْلَ أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً أَوْ مَضْنَاة لاَ يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا، فَإِذَا صَارَتْ فِي حَدٍّ مَنْ تُجَامِعَ اسْتُؤْنِفَتْ بِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا وجدت هذه الموانع التي من جهتها في مدة التربص وهو الوقف الأول فجميعها غير محسوب على الزوج لمنعها من الإصابة إلا الحيض وحده فإن زمانه محسوب على الزوج وإن كان مانعاً والفرق بينه وبين غيره من الموانع أن الحيض حلته وانقطاعه في مدة التربص غير معهود، وخلو المدة منه في الغالب غير موجود، فصار زمانه محسوباً فليس كغيره من الموانع التي تخلو مدة التربص منها في الأغلب، فإن طرأت فيها كانت نادرة فلذلك كان زمانها غير محسوب، ألا ترى أن وجود الحيض في صوم الشهرين المتتابعين في كفارة القتل لا يبطل تتابعه بالحيض لتعذر خلوه منه، ويبطل تتابعه بفطر ما سوى الحيض لإمكان خلوه منه.

والفرق بين وجود الحيض في زمان المطالبة فيمنع منها كغيره من الموانع، وبين وجوده في مدة التربص فيحتسب بزمانه بخلاف غيره من الموانع، هو أنه يمكن أن يخلو منه زمان المطالبة في الأغلب فساوى غيره من الموانع ولا يمكن أن يخلو منه زمان التربص في الأغلب فخالف غيره من الموانع وجرى وجوده في زمان المطالبة مجرى وجوده في صوم الثلاث في كفارة اليمين يبطل تتابعها لإمكان خلوها منه. وجرى وجوده في مدة التربص مجرى وجوده في صوم الشهرين المتتابعين لا يبطل تتابعهما لتعذر خلوها منه.

فأما النفاس فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه غير قاطع لمدة التربص ومحسوب فيه؛ لأن أحكام الحيض عليه جارية فأشبه الحيض.

والوجه الثاني: أنه قاطع مدة التربص وغير محسوب فيها بخلاف الحيض وهو الصحيح؛ لأن الحيض غالب والنفاس نادر فأشبه سائر الموانع.

فأما الصغر: فإن لم يمنع من الافتضاض بالتقاء الختانين كان زمانه محسوباً، وإن كان مانعاً من التقاء الختانين لم يحتسب عليه في مدة التربص حتى يصير على حال يقدر على ذلك منها فيستأنف له التربص.

وأما المرض فإن أمكن معه إصابتها بتغييب الحشفة في فرجها من غير أن يقربها كان زمانه محسوباً في مدة التربص، وإن كان لا يمكن معه تغييب الحشفة إلا بضرر يلحقها كان زمانه غير محسوب في مدة التربص حتى يصير إلى ما لا يلحقها من ذلك ضرر فتحتسب في مدة التربص.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من المواضع التي لا يحتسب بزمانها في مدة التربص، فإذا زالت استؤنفت مدة التربص ولا شيء على ما مضى منها قبل الموانع وبطل الماضي من مدة التربص بالمواقع الطارئة لأن الله تعالى انظره أربعة أشهر فاقتضى إطلاقها التتابع في حال الاضطرار كما اقتضاه في حال الاختيار فصار كصوم الشهرين المتتابعين يبطل ما تقدمه بترك التتابع في الاختيار وغير الاختيار، وذهب بعض أصحابنا وخالف فيه نص الشافعي إلى تلفيق التربص والبناء على ما مضى قبل الموانع، قال: لأنه لما كان حدوث الموانع في زمان المطالبة لا يسقط ما مضى من مدة التربص كذلك حدوثها في مدة التربص لا يسقط ما تقدمه منها وهذا فاسد.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن موالاة المدة بحدوثه بعدها موجود وموالاتها بحدوثه في تضاعيفها معدوم.

والثاني: أنه قد استوفى الزوج حقه بحدوثه بعدها وما استوفاه بحدوثه في تضاعيفها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ المَنْعُ مِنْ قِبَلِهِ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَفِيءَ فَيْءَ جِمَاعٍ أَوْ فَيْءَ مَعْذُورٍ وَفَيْءَ الْحَبْسِ بِاللِّسَانِ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِذَا آلَى فَحَبَسَ اسْتَوْقَفَتْ بِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مُتَتَابِعَةً (قال المزني رحمه الله) الحَبْسُ وَالمَرَضُ عِنْدِي سَوَاءٌ لأَنَّهُ مَمْنُوعٌ بِهِمَا فَإِذَا حُسِبَتْ عَلَيْهِ فِي المَرَضِ وَكَانَ يَعْجَزُ عَنِ الجِمَاعِ بِكُلِّ حَالٍ أَجَلَّ المَوْلَى كَانَ المَحْبُوسُ الَّذِي يُمْكِنَهُ أَنْ تَأْتِيَهُ فِي حَبْسِهِ فَيُصِيبَهَا بِذَلِكَ أَوْلَى».

قال الماوردي: إذا كانت الموانع من جهة الزوج فزمان جميعها محسوب عليه من مدة التربص إلا اثنتين: زمان ردته وزمان عدتها من طلاقه فإنهما غير محسوبتين عليه وإن كان من جهته لأنهما موجبان من التحريم في حقها مثل ما يوجبانه في حقه، وليس كإحرام وصيام لأنه لا يوجب التحريم في حقها وإنما يوجبه في حقه دونها فافترقا، وإذا كان كذلك لم يخل حال هذه الموانع المحسوبة من أن توجد في الوقت الأول وهو مدة التربص أو في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة، فإن وجدت في الأول كانت محسوبة عليه فيحسب عليه زمان إحرام وزمان صيام وزمان مرض وزمان سفر سواء سافر في مباح أو في واجب وزمان حبسه سواء حبس بحق أو بغير حق، قال المزني: وقال في موضع آخر: ولو آلى فحبس استؤنفت له أربعة أشهر، فلم يحتسب بزمان الحبس عليه فكان أبو حفص بن الوكيل يخرج هذا قولاً ثانياً في الحبس كما توهمه المزني أنه لا يحتسب بزمان عليه؛ لأنه غير منسوب إليه، وهذا التعليل فاسد بالمرض لأنه ليس من فعله وزمانه محسوب عليه لوجوده في حبسه. وذهب جمهور أصحابنا إلى أن هذا ليس بقول ثان وأن مذهب الشافعي لم يختلف في أن زمان الحبس محسوب عليه، لما علل به المزني في أن زمان المرض لما كان محسوباً عليه وحاله فيه أغلظ، كان زمان حبسه وهو يقدر على أن تأتيه في الحبس فيصيبها أولى بالاحتساب، ونسبوا المزني إلى الخطأ في نقله؛ لأن الشافعي قال فلو آلى فحبست استؤنفت له أربعة أشهر لأن الحبس من جهتها فوهم المزني في نقله، ولو آلى فحبس فأضاف الحبس إليه دونها.

وقال بعض أصحابنا: المزني مصيب في نقله، وليس ذلك باختلاف قولين كما وهم فيه بعض أصحابنا وإنما هو على اختلاف حالين، ففي الموضع الذي احتسب زمان حبسه عليه إذا حبس بحق، والموضع الذي لم يحتسب بزمان حبسه عليه إذا حبس بظالم وهذا التفصيل يبطل بالمرض كما يبطل به أصل التعليل والله أعلم.

فصل: وإن وجدت هذه الموانع في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة لم يسقط بها حكم المطالبة بالفيئة، لأنه لما وقع الاحتساب بها كانت زماناً للفيئة فلم تمنع من المطالبة بها وإذا كان كذلك فإن كان المانع مرضاً فإن قدر معه على تغييب الحشفة من غير ضرر طولب أن يفيء بالجماع وإن عجز عن تغييب الحشفة طولب أن يفيء بلسانه فيء معذور على ما مضى، وإن كان المانع حبساً فإن قدر على إدخالها إلى حبسه طولب أن يفيء بالجماع، وإن لم يقدر على إدخالها إلى حبسه طولب أن يفيء بلسانه فيء معذور ما كان في حبسه، وإن كان المانع إحراماً أو صياماً، قيل لا يسقط فيئة الجماع لقدرتك عليه، ولا يؤمر به لتحريمه عليك، ولا يقنع منك أن تفيء بلسانك فيء معذور لأنك قادر على فيء غير معذور، فإن أقدمت على الفيئة بالجماع خرجت من

حق الإيلاء وعصيت بالوطء في الإحرام أو الصيام وإن لم يطأ لم يتوجه عليك مأثم التحريم، وإن توجهت عليك المطالبة بالفيئة أو الطلاق فإن أقمت على الامتناع منها فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: يحبس حتى يفعل أحدهما.

والثاني: يطلق القاضي عليه، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وقال فِي مَوْضِعَيْنِ - يعني الشافعي - وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَسِيرَةُ أَشْهُرٍ وَطلَبَهُ وَكِيْلَهَا بِمَا يَلْزَمْهُ لَهَا أَمَرْنَاهُ أَنْ يَفِيءَ بِلِسَانِهِ وَالمَسِير إِلَيْهَا كَمَا يُمْكِنُهُ فَإِنْ فَعَلَ وَإِلاَّ طُلِّقَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا سافر المولى عن زوجة في مدة التربص كان زمان سفره محسوباً عليه من مدة وقفه لأنه مانع من جهته وكذلك لو آلى مبتدئاً في سفره كان ما جاوز قدر «المسافر» من أيام سفره محسوباً عليه وفي احتساب قدر المسافة وجهان:

أحدهما: لا يحتسب عليه؛ لأنه لم يقدر فيه على الإصابة لو أرادها.

والوجه الثاني: وهو الصحيح تحتسب عليه كغيرها من أيام السفر، وليس تعذر الإصابة لو أرادها بمانع من احتساب المدة عليه كالمرض.

فصل: فإذا ثبت أن مدة السفر محسوبة عليه، فإن كان في وقت المطالبة حاضراً طولب بالإصابة أو الطلاق، وإن كان على غيبته وكلت من يطالبه بحقها حتى يرافع وكيلها إلى حاكم البلد الذي هو غائب فيه فيطالبه بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فحكم طلاقه في غيبته كحكم طلاقه في حضره، وقد سقط بالطلاق حقها حتى إذا قدم فلا مطالبة بينه وبينها، وإن أراد الفيئة فيكفيه في الفيئة شرطان:

أحدهما: أن يفيء بلسانه فيء معذور.

والثاني: أن يأخذ في الاجتماع للإصابة، إما بأن يقدم عليها، وإما بأن يستقدمها عليه، والخيار فيهما إليه، فإن فعل أحد الأمرين خرج من حكم الفيئة قبل الاجتماع، فإذا اجتمع لم يجز ما تقدم من فيئة اللسان حتى يفيء بالإصابة فلو أنه في غيبته أخذ في القدوم أو الاستقدام ولم يفيء بلسانه فيء معذور لم يكن فائياً وطلق عليه حاكم ذلك البلد في أصح القولين، فإن فاء بلسانه فيء معذور لم يأخذ في الاجتماع إما بقدوم أو الاستقدام لم تتم الفيئة وطلق عليه ذلك الحاكم في أصح القولين إلا أن يكون معذوراً بخوف الطريق المانع أو لمرض معجز فالفيئة بلسانه كافية إلى أن يزول عذره فيؤخذ

بالقدوم أو الاستقدام فلو استقدمها فامتنعت إلا أن يقدم عليها صارت ناشزاً وسقط حقها من المطالبة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ غَلَبَ عَلَى عَقْلِهِ لَمْ يُوقَفْ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ عَقْلُهُ فَإِنْ عَقَلَ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ وَقَفَ مَكَانَهُ فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ وَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ (قال المزني رحمه الله) هَذَا يُؤَكِّدُ أَنْ يُحْسَبَ عَلَيْهِ مُدَّةَ حَبْسِهِ وَمُنِعَ تَأْخُرُهُ يَوْماً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا غلب على عقل المولى بجنون أو إغماء كان زمان جنونه وإغمائه محسوباً عليه في وقفه ومدة تربصه؛ لأن المنع من جهته وإن لم يكن من فعله كالمرض، فإذا انقضت مدة التربص وهو على جنونه وإغمائه لم يتوجه عليه مطالبة وهو معنى قول الشافعي رضي الله عنه لم يوقف، يعني الوقف الثاني الذي هو زمان المطالبة، ولم يرد به الوقف الأول الذي هو مدة التربص، فإذا أفاق من جنونه أو إغمائه استحقت حينئذ مطالبته بالفيئة أو الطلاق.

فصل: قال المزني هذا يؤكد أن يحتسب مدة حبسه ومنع تأخيره يوماً أو ثلاثة. أراد المزني بذلك أمرين:

أحد الأمرين: أن يجعل الاحتساب بزمان الجنون دليلاً على الاحتساب بزمان الحبس، وهذا صحيح.

والثاني: أن يجعل ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من منع تأخيره يوماً أو ثلاثة دليلاً على إبطال إنظاره ثلاثاً في أحد القولين، وهذا غير صحيح، ولا دليل فيه وعما ذكره الشافعي ـ رضي الله عنه ـ من منع تأخيره يوماً أو ثلاثة جوابان:

أحدهما: أنه يمنعه ذلك على أحد القولين، وهو على القول الثاني غير ممنوع.

والجواب الثاني: أن المنع من الإنظار في ابتداء المطالبة، والقولان في الإنظار في الإجابة إلى الفيئة، لأنه لو أجاب إلى الطلاق وسأل الإنظار به لم ينظر قولاً واحداً، وإنما القولان في الإنظار بالفيئة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَحْرَمَ قِيلَ لَهُ إِنْ وَطِئْتَ فَسَدَ إِحْرَامُكَ وَإِنْ لَمْ تَفِيءْ طُلِّقَ عَلَيْكَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المولى إذا أحرم بحج أو عمرة كان زمان إحرامه محسوباً عليه، فإن أحل قبل انقضاء مدة التربص كان مخيراً بين الفيئة أو الطلاق، وإن كان باقياً على إحرامه إلى انقضاء مدة التربص، قيل له إحرامك قد حظر عليك الوطء والإيلاء يوجبه، ولا يمنع تحريمه عليك من مطالبتك في حق الزوجة بالوطء أو الطلاق

لأن المطالبة بالوطء هي أقوى الحقين، لأن الوطء أصل مقصود والطلاق بذل على وجه التخيير، فإذا طولب وطلق خرج به من حكم الإيلاء ولا يأثم في إفساد إحرامه، فإذا فاء فقد عصى بوطئه في الإحرام وأفسد به الحج ووجبت فيه الكفارة وخرج من حكم الإيلاء، ووجبت به كفارة يمين، فإن امتنع أن يفعل أحد الأمرين طلق عليه في أصح القولين.

فإن قيل فهلا اقتنع منه بفيء معذور بلسانه كالمريض؟ قيل لأنه أدخل الإحرام المانع على نفسه بخلاف المرض الذي لم يكن دخوله عليه من فعله، فكان بالإحرام غير معذور وبالمرض معذوراً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى ثُمَّ تَظَاهَرَ أَوْ تَظَاهَرَ ثُمَّ آلَى وَهُوَ يَجِدُ الكَفَّارَةَ قِيلَ أَنْتَ أَدْخَلْتَ المَنْعُ عَلَى نَفْسِكَ فَإِنْ فِئْتَ فَأَنْتَ عَاصٍ وَإِنْ لَمْ تَفِيءْ طُلِّقَ عَلَيْكَ».

قال الماوردي: اعلم أنه إذا جمع بين الإيلاء والظهار في امرأة واحدة فآلى منها ثم ظاهر أو ظاهر ثم آلى كان زمان الظهار محسوباً عليه في مدة التربص فإذا انقضت المدة واستحقت المطالبة وهو على ظهار لم يكفّر منه فقد اجتمع عليه في الوطء حقان متنافيان:

أحدهما: يحرم الوطء في حق الله تعالى حتى يكفّر وهو الظهار.

والثاني: يوجب الوطء في حق الزوجة قبل التكفير وهو الإيلاء، فإن عجل الكفارة في الظهار ووطىء في الإيلاء خرج من تحريم الظهار بالكفارة ومن حق الإيلاء بالوطء، وإن طلق خرج بالطلاق من حق الإيلاء، وخرج من مأثم الظهار بترك الوطء، وإن لم يفعل أحد هذين الأمرين ووطىء قبل التكفير في الظهار كان عاصياً بالوطء في حكم الظهار، وخارجاً به في الإيلاء من حق الزوجة، فإن سأل الإنظار في الوطء حتى يكفر بالظهار نظر، فإن كان ممن يكفّر بالصيام لم ينظر، لأنه صوم شهرين، وإن كان ممن يكفر بالعتق، فإن كان مالكاً للرقبة لم ينظر في عتقها كما لا ينظر في الطلاق لأنه يقدر على تعجيلها من غير ضرر وإن لم يكن مالكاً للرقبة أنظر لابتياعها يوماً، وهل يبلغ بإنظاره ثلاثاً، على ما مضى من القولين.

ولو امتنع من أن يطلق أو يطأ طلق الحاكم عليه في أصح القولين، ولو أراد وطأها فمنعته من نفسها لتحريمها عليه قبل التكفير لم يكن ذلك لها بخلاف الوطء في الردة والحيض لأن تحريمه بالردة والحيض في حقهما وتحريمه بالظهار في حقه

وحده، ويسقط حقها من المطالبة بهذا الامتناع لأن الممتنع ممنوع من المطالبة كالديون المبذولة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ لَمْ يُصِبْنِي وَقَالَ أَصَبْتُهَا فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِيْنِهِ لأَنَّهَا تَدَّعِي مَا بِهِ الْفُرْقَةَ الَّتِي هِيَ إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ بِكْراً أُرِيَهَا النِّسَاءَ فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بِكْرٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِيْنِهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إِنَّمَا أَحْلَفَهَا لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ لَمْ يُبَالِغْ فَرَجَعَتِ العَذَرَةُ بِحَالِهَا».

قال الماوردي: إذا ادعى المولى إصابتها ليسقط مطالبتها وأنكرت أن يكون أصابها وادعت أنها على حقها من المطالبة لم يخل حالها من أن تكون بكراً أو ثيباً، فإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج في الإصابة مع يمينه بالله لقد أصابها لأن الوطء يستسر به ولا يمكن إقامة البينة عليه فقيل فيه قول مدعيه كالحيض والطهر، ولأن بقاء النكاح ودوام صحته أصل قد استصحبه الزوج بدعوى الإصابة والزوجة تدعي ما يخالف الأصل من وجوب الفرقة بإنكار الإصابة فكان القول فيه قول الزوج مع يمينه لاستصحابه حكم الأصل، فإن قيل فالأصل أن لا إصابة كما أن الأصل في النكاح الصحة، فلم استصحبتم الأصل في صحة النكاح؟ ولم تستصحبوا الأصل في عدم الإصابة؟ قلنا: لأن صحة النكاح أصل متيقن، وعدم الإصابة أصل مظنون يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فكان استصحاب الأصل المتيقن أولى من استصحاب الأصل المظنون، وإذا ثبت أن القول قول الزوج مع يمينه لجواز كذبه، فإذا حلف حكم بسقوط حقها من الإيلاء، وإن نكل ردت اليمين عليها، فإن حلفت كانت على حقها من الإيلاء وأخذ بالفيئة أو الطلاق ولم يحكم بقول الزوج في ثبوت الإصابة.

فصل: وإن كانت بكراً فالقول قولها أنه لم يصبها؛ لأن البكارة من شواهد صدقها في عدم الإصابة، فصار قولها أقوى من قول الزوج، فلذلك قال الشافعي رضي الله عنه فالقول قولها مع يمينها قال المزني: إنما أحلفها لأنه يمكن أن يكون لم يبالغ فرجعت العذرة بحالها فاختلف أصحابنا أنه إنما يحلفها إن ادعى الزوج أنه لم يبالغ في الإصابة فعادت العذرة فأما إن لم يدع لم يحلفها.

وقال البغداديون بل يحلفها بكل حال سواء ادعى الزوج ذلك أو لم يدعيه، لأن دعواه الإصابة مع البكارة مفض إلى ذلك، وإن لم يصرح به في الدعوى، فإن حلفت الزوجة كانت على حقها من المطالبة بالفيئة أو الطلاق، وإن نكلت ردت اليمين على الزوج، وإن حلف سقط حقها من الإيلاء وإن نكل حكم بقول الزوجة في بقاء حقها من المطالبة فعلى هذا لو اختلف في البكارة فادعتها الزوجة ليكون قولها مقبولاً في عدم

الإصابة وأنكرها الزوج ليكون قوله مقبولاً في وجود الإصابة لم يرجع فيها إلى قول أحدهما لأنه يمكن أن يشاهد ذلك النساء الثقات فإذا شهد أربع منهن بأنها بكر كان القول قولها في إنكار الإصابة، وإن شهدن بأنها ثيب كان القول قوله في ثبوت الإصابة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ارْتَدَّا أَوْ أَحَدُهُمَا في الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ أَوْ خَالَعَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا أَوْ رَجَعَ مِنَ ارْتَدَّ مِنْهُمَا فِي العِدَّةِ اسْتَأْنَفَ فِي هَذِهِ الحَالاَتِ كُلِّهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ حَلَّ لَهُ الفَرْجُ وَلاَ يُشْبِهُ هَذَا البَابَ الأَوَّلَ لأَنَّهَا فِي هَذَا البَابِ كَانَتْ مُحَرَّمَةً كالأَجْنَبِيَّةِ الشَّعْرَ والنَّظَرَ والجَسَّ وَفِي تِلْكَ الأَحْوَالِ لَمْ تَكُنْ مُحَرَّمَةً بِشَيْءٍ غَيْرِ الْجِمَاعِ (قال المزني) الْقِيَاسُ عِندِي أَنَّ مَا حَلَّ لَهُ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ امْرَأَتِهِ وَالإِيْلاَءُ يَلْزَمُهُ بِمَعْنَاهُ وَأَمَّا مَنْ لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِعَقْدِهِ الأَوَّلِ حَتَّى يَحْدُثَ نِكَاحاً جَدِيداً فَحُكْمُهُ مِثْلَ الأَيِّمِ تُزَوَّجُ فَلاَ حُكْمَ للإِيْلاَءِ فِي مَعْنَاهُ المُشَّبِهِ لأَصْلِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الردة تسقط الوقف الأول في مدة التربص وتسقط الوقف الثاني استحقاق المطالبة وزمانها غير معتد به، سواء كانت الردة من جهته أو من جهتها، فإن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام إلى بعد انقضاء العدة فقد وقعت الفرقة بالردة، وسقط بها حكم الإيلاء، وهذه الفرقة فسخ، فإن عاد فنكحها فهل يعود الإيلاء في النكاح الثاني أم لا؟ ينبني على اختلاف أصحابنا في الفرقة بالفسخ، هل تجري مجرى فرقة الطلاق الثلاث، أو مجرى ما دونها، على وجهين:

أحدهما: أنها جارية مجرى الطلاق الثلاث، فعلى هذا لا يعود الإيلاء على قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم، ويعود الإيلاء على القول الثاني في القديم.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى ما دون الثلاث، فعلى هذا يعود الإيلاء على قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد ولا يعود الإيلاء في القول الثاني في الجديد، فأما إذا عاد المرتد من الزوجين قبل انقضاء العدة إلى الإسلام كانا على النكاح واستوقف له الوقف الأول، وهو مدة التربص أربعة أشهر لا يبنى على ما مضى منها فإذا انقضت طولب بالفيئة أو الطلاق إلا أن تكون الردة في الوقف الثاني وهو زمان المطالبة فلا يعاد الوقف بعد انقضائه كاملاً قبل الردة فإن قيل فهلا استؤنف الوقف بعد الإسلام كما يستأنف الوقف بعد الرجعة، قيل لأنه قد وفاها حقها بالطلاق ولم يوفها حقها بالردة، فلذلك سقط بالطلاق حكم الوقف الأول واستؤنف له وقف بعد الرجعة ولم يسقط بالردة حكم الوقف الأول، فلم يستأنف له الوقف بعد الإسلام والله أعلم.

فصل: فأما إذا خالع المولى زوجته فقد بانت منه بالخلع وسقط حكم الإيلاء في النكاح، فإن عاد فتزوجها بعقد جديد كان عود الإيلاء معتبراً بفرقة الخلع وفيه قولان:

أحدهما: أنها طلقة واحدة فعلى هذا يعود الخلع على قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد ولا يعود على القول الثاني في الجديد.

والقول الثاني: في الخلع أنه فسخ، فعلى هذا يكون على الوجهين في الفسخ هل يجري مجرى الطلاق الثلاث أو ما دونها على ما مضى، فأما المزني فقد تكرر من كلامه ما تقدم الجواب عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَقَلُّ مَا يَكُونُ بِهِ المَوْلَي فَائِتاً فِي الثَّيِّبِ أَنْ يُغَيِّبَ الحَشْفَةَ وَفِي البِكْرِ ذَهَابُ الْعذْرَةِ».

قال الماوردي: والتقاء الختانين بهما لأن جميع أحكام الوطء متعلقة بالتقاء الختانين من وجوب الغسل والحد والمهر والعدة ولحوق النسب وتحريم المصاهرة وثبوت الإحصان والإحلال للأول وفساد العبادات، كذلك الخروج من حكم الإيلاء.

وإن كانت بكراً قال الشافعي فبذهاب العذرة لأن التقاء الختانين يذهب العذرة لا أن ذهاب العذرة هي الشرط المعتبر، فأما الوطء في الدبر أو فيما دون الفرج فلا يسقط حكم الإيلاء والعنة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ لاَ أَقْدِرُ عَلَى افْتِضَاضِهَا أُجِّلَ أَجَلَ العِنِّين».

قال الماوردي: إذا ادعى المولى العنة بعد انقضاء المدة فلا يخلو حاله في هذه الدعوى من أحد أمرين: إما أن يكون قد أصابها في هذا النكاح قبل الإيلاء أو لم يصبها، فإن كان قد أصابها فيه فدعواه مردودة، لأن حكم العنة لا يثبت في نكاح قد وقعت فيه إصابة، وصار بهذه الدعوى كالممتنع من الإصابة مع القدرة عليها، فإن أصاب أو طلق وإلا طلق الحاكم عليه في أصح القولين فإن لم يكن قد أصابها فيه وهي على بكارتها أو كانت ثيباً قبل النكاح نظر.

فإن كانت عنته قد ثبتت قبل الإيلاء وأجل لها ورضيت بالمقام معه بعد انقضاء أجلها كان مقبول القول في العنة ولا يسقط به حكم الفيئة لكن يفيء بلسانه فيء معذور ويخير بينه وبين الطلاق، فإن لم يثبت حكم العنة قبل الإيلاء ولم يدعها إلا بعده، فهل تقبل دعواه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أشار إليه في هذا الموضع أن قوله

مقبول؛ لأن العنة من العيوب الباطنة التي لا تعرف إلا من جهته فكان مقبول القول فيها لكن مع يمينه لإمكان كذبه، فعلى هذا إذا حلف قيل له عليك أن تفيء بلسانك فيء معذور، فإذا فاء بلسانه أجل للعنة سنة فإن أصاب فيها سقط بها حكم الإيلاء والعنة جميعاً، وإن لم يصب فيها ثبت له حكم العنة وكان لها الخيار بين المقام أو الفسخ، فإن أقامت سقط حقها من العنة وإن لم يكن لها الرجوع فيه فيسقط حقها من الإيلاء ولم يكن لها الرجوع أيضاً لأنه قد فاء لها فيء معذور، وإن لم تختر المقام معه فللحاكم أن يقع الفرقة بينهم قولاً واحداً بالعنة وقد استوفت حقها من الإيلاء والعنة، ويكون ذلك فسخاً في العنة لا طلاقاً في الإيلاء وحكم الفسخ أغلظ من حكم الطلاق، فهذا أحد الوجهين.

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا أنه لا يقبل منه دعوى العنة لأنه يصير متهوماً بدعواها ليقتنع منه بفيء المعذور وينظر سنة بعد مدة التربص فرد قوله بهذه التهمة وإذا صار على هذا الوجه مردود القول قيل لا يسقط عنك المطالبة إلا بفيئة الجماع وأنت مخير بينهما وبين الطلاق، فإن فعل أحدهما وإلا طلق الحاكم عليه في أصح القولين. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَامَعَهَا مُحْرِمَةً أَوْ حَائِضاً أَوْ هُوَ مُحْرِمٌ أَوْ صَائِمٌ خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيلَاءِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا وطئها المولى وطئاً محظوراً في إحرام، أو صيام، أو ظهار، أو حيض كان في سقوط حقها من الإيلاء في حكم الوطء المباح لثلاثة معان:

أحدها: أن جميع أحكام الوطء المباح يتعلق عليه وإن كان محظوراً فكذلك في الإيلاء.

والثاني: أنها قد وصلت إلى حقها منه وإن كان محظوراً كوصولها إليه إذا كان مباحاً.

والثالث: أنه يلزم من الحنث بمحظور الوطء ما يلزم بمباحه فوجب أن يكون سقوط الإيلاء بمثابته، وخالف هذا قضاء الدين بالمال المغصوب لأنه يقع موقع الحلال في الملك، فلم يقع موقعه في الاستيفاء ولو وطئها وهي نائمة سقط حقها من الإيلاء لما ذكرنا، ولو استدخلت ذكره وهو نائم، ففي سقوط حقها وجهان:

أحدهما: قد سقط حقها لوصولها إلى الإصابة وأن ذلك قدر عليه الغسل وتحريم المصاهرة.

والوجه الثاني: لا يسقط حقها من الإيلاء؛ لأن حقها في فعله لا في فعلها؛ ولأنه لم يحنث بذلك فلم يسقط به الإيلاء والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى ثُمَّ جُنَّ فَأَصَابَهَا فِي جُنُونِهِ أَوْ جُنُونِهَا خَرَجَ مِنَ الإِيْلاَءِ وَكَفَّرَ إِذَا أَصَابَهَا وَهُوَ صَحِيحٌ وَلَمْ يُكَفِّرْ إِذَا أَصَابَهَا وَهُوَ مَجْنُونٌ لأَنَّ القَلَمَ عَنْهُ مَرْفُوعٌ فِي تِلْكَ الحَالِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ فِعْلَ المَجْنُونِ فِي جُنُونِهِ كَالصَّحِيحِ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الإِيْلاَءِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا خَرَجَ مِنَ الإِيْلاَءِ فِي جُنُونِهِ بِالإِصَابَةِ فَكَيْفَ لاَ يَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ وَلَوْ لَمْ يَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ مَا كَانَ حَانِثاً وَإِذَا لَمْ يَكُنْ حَانِثاً لَمْ يَخْرُجُ مِنَ الإِيْلاَءِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المولى إذا جن كان زمان جنونه عليه محسوباً، لكن لا مطالبة عليه حتى يفيق فلا يبطل الوقف الأول بالجنون ويبطل به الوقف الثاني، فإن وطىء في جنونه لم يحنث ولم تجب عليه كفارة بارتفاع القلم عنه، وأن أفعاله في حقوق الله تعالى عفو، وهل يسقط بهذا الوطء حقها من الإيلاء أم لا، على وجهين:

أحدهما: يسقط وهو الظاهر من مذهب الشافعي لأنها قد وصلت إلى حقها من الإصابة فإن كان عن غير قصد كالواطىء ناسياً لا يلزمه الكفارة في أحد القولين، ويسقط به حكم الإيلاء قولاً واحداً وكالمولى من إحدى زوجتيه إذا قصد وطء غير المولى منهما فخفيت عليه ووطىء المولى عنها سقط حقها وإن لم يقصد وطئها، فتعلق بهذا الوطء حقان:

أحدهما: لا يراعى القصد فيه لأنه من حقوق الله كالمسلم إذا حاضت زوجته الذمية أجبرها على الغسل، وإن لم ينو لأن في غسلها حقين.

أحدهما: لله تعالى لا يصح إلا بالنية والآخر له ويصح بغير نية وهو في حق نفسه لا في حق الله تعالى فلذلك أجزىء بغير نية.

والوجه الثاني: وهو مذهب المزني وطائفة أنها على حقها من الفيئة واستحقاق المطالبة، ولا يسقط بهذه الإصابة لأنه لما لم يحنث بها ويلزم الكفارة، وكان وطؤه من بعد موجباً بالكفارة كان حكم الإيلاء باقياً.

فإذا تقرر ما ذكرنا من الوجهين، فإذا قلنا بالوجه الأول إن حكم الإيلاء قد سقط فلا مطالبة لها ويمينه باقية متى وطئها حنث كمن آلى من أجنبية ثم تزوجها لم يكن مولياً وكان حالفاً متى وطئها حنث، وإذا قلنا بالوجه الثاني أنه يكون على إيلائه ويستحق عليه المطالبة بعد إقامته فهل يجزيه الوقف الأول أو يستأنف له وقف ثان بعد الإصابة على وجهين:

أحدهما: يجري له الوقف الأول؛ لأن هذه الإصابة لا حكم لها فصار وجودها كعدمها.

والوجه الثاني: قد سقط حكم الوقف الأول بهذه الإصابة وإن لم يسقط بها أصل الإيلاء كالرجعة بعد الطلاق فوجب استئناف الوقف لأنها قد استوفت بالطلاق ما استحقته بالوقف الأول كذلك هاهنا، لأنه وقف في حق الجنون، قد استوفت بالإصابة، وإن لم يحنث لها ما استحقته بالوقف الأول فوجب إبقاء الإيلاء أو يستأنف له وقف ثان بعد الإصابة.

فصل: فأما إن جنت المرأة المولى منها فإن لم يقدر على إصابتها في الجنون لهرب أو بطش لم يحسب عليها زمان جنونها، لأن المانع من جهتها فإذا أفاقت قبل انقضاء المدة استؤنف الوقف، وإن أفاقت بعد انقضاء المدة وبعد جنونها استقر حكم الوقف وكان لها المطالبة مع الإفاقة فأما إذا أمكن الزوج إصابتها في حال الجنون كان زمان الجنون محسوباً من الوقف لأنه يقدر على الإصابة من غير مانع فإذا انقضت المدة لم تستحق عليها المطالبة ما كانت باقية في جنونها لأنه موقف على اختيارها من شهوتها، فإن أصابها في حال الجنون سقط حقها من الإيلاء ووجبت الكفارة على الزوج بالإصابة، وإن لم يصب لم يطالب لكن يقال استحباباً ينبغي أن تتقي الله تعالى فيها فيفيء أو يطلق، وإن لم يجبر على فيئة أو طلاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالذِّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِيْمَا يَلْزمُهُ مِنَ الإِيْلَاءِ إِذَا حَاكَمَ إِلَيْنَا وَحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى العِبَادِ وَاحِدٌ (وقال) فِي كِتَابِ الجِزْيَةِ لَوْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ تَسْتَعْدِي بِأَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أَوْ آلَى مِنْهَا أَوْ تَظَاهَرَ حَكَمْتُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ حُكْمِي عَلَى المُسْلِمِيْنَ وَلَوْ جَاءَ رَجُلٌ مِنْهُمْ يَطْلُبُ حَقًّا كَانَ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يَحْكُمُ عَلَى المَطْلُوبِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَشْبَهُ القَوْلَيْنِ بِهِ لأَنَّ تَأْوِيْلَ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عِنْدَهُ ﴿**حَتَّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ**﴾ أَنْ تَجْرِي عَلَيْهِمْ أَحْكَامِ الإِسْلَامِ».

قال الماوردي: قد مضى حكم الذميين إذا تحاكما إلينا، هل يجب على حاكمنا الحكم عليهما جبراً أو يكون في الحكم مخيراً، على القولين:

أحدهما: أنه مخير بين الحكم والترك، وهم مخيرون بين الالتزام والإسقاط لقول الله تعالى ﴿**فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ**﴾ [المائدة: ٤٢].

والقول الثاني: أنه يجب عليه الحكم بينهم ويجب عليهم التزام حكمه، لقول الله

تعالى ﴿حَتَّى يُعْطوا الْجزيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] والصغار أن يجري عليهم أحكام الإسلام فأما إن تحاكم إلينا ذميان من دينين يهودي ونصراني فقد اختلف أصحابنا فقال أبو علي .بن أبي هريرة يجب عليه الحكم بينهما قولاً واحداً، لأن كل واحد منهم يعتقد بطلان دين صاحبه فلزم العدول بهما إلى دين الحق الإسلام.

وقال غيره من أصحابنا بل هو على قولين كما لو كانا على دين واحد لأن الكفر كله عندنا ملة واحدة.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا وترافع إلينا منهم زوجان في طلاق أو ظهار أو إيلاء حكم بينهما فيه بحكم الإسلام لقول الله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩] فإن طلق صح طلاقه وألزمه حكمه، وإن ظاهر فيأتي حكم ظاهره، وإن الأصح إيلاؤه.

وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك: رحمهم الله ـ لا يصح إيلاؤه، لقول الله تعالى في آية الإيلاء ﴿فَإِنْ فَاؤوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والغفران والرحمة لا يستحقان مع الكفر فلم يتوجه به الإيلاء لا إلى المسلم.

وهذا خطأ لأن من صح إيلاؤه بغير الله تعالى صح إيلاؤه بالله كالمسلم ولأن ما صح به إيلاء المسلم صح به إيلاء غير المسلم كالإيلاء بغير الله فأما آية الإيلاء فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أن عموم نصها تناول المسلم دون الكافر لما تضمنه آخرها من قوله ﴿فَإِنْ فَاؤوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ثم قيس من آلى من الكفار، على المسلمين لاشتراكهم في معنى الإيلاء كما قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] فقيس على ذلك طلاق الذميات.

والوجه الثاني: أن عموم نصها تناول المسلمين والكفار، فعلى هذا لأصحابنا في قوله في آخرها: ﴿فَإِنْ فَاؤوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

أحدهما: أن قوله ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] عام في المسلمين والكفار، وقوله تعالى ﴿فَإِنْ فَاؤوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ خاص في المسلمين دون الكفار، فيكون أول الآية عاماً وآخرها خاصاً.

والوجه الثاني: أن جميعها عام في المسلمين، وقوله ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] خاص في غفران مأثم الإيلاء والكفار قد يغفر لهم مأثم المظالم في حقوق الآدميين ولا يغفر لهم مأثم الأديان في حقوق الله تعالى.

فصل: فإذا ثبت أنه يكون مولياً حكم بينهم بحكم الله في المولى المسلم من تربص أربعة أشهر ثم مطالبته بعدها بالفيئة أو الطلاق فإن فعل أحدهما وإلا طلق عليه في أصح القولين والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ العَرَبِيُّ يَتَكَلَّمَ بِأَلْسِنَةِ العَجَمِ وَآلَى بِأَيِّ لِسَانٍ كَانَ مِنْهَا فَهُوَ مُولٍ فِي الحُكْمِ وَإِنْ كَانَ يَتَكَلَّمَ بِأَعْجَمِيَّةٍ فَقَالَ مَا عَرَفْتُ مَا قُلْتُ وَمَا أَرَدْتُ إِيْلاَءً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِيْنِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا آلى العربي بالأعجمية لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعرف الأعجمية ويتكلم بها فهذا يكون مولياً بها كما يكون مولياً بالعربية لأن الإيلاء لا يختص بلسان دون لسان وليس ما يقف على العربية إلا القرآن، وما سواه فيجوز أن يعبر عنه بكل لسان، فلو قال قلته وما أرادت به الإيلاء، لم يقبل منه في هذا الظاهر، ولم يدين في الباطن كما لو ادعى ذلك في اللفظ العربي.

والقسم الثاني: أن يعرف الأعجمية لكنه لا يتكلم فيكون مولياً بها، فإن قال ما أرادت الإيلاء لم يقبل منه في الظاهر ودين في الباطن، لأن تركه الكلام بها يحتمل ما قاله فلأجل ذلك دين فيه.

والقسم الثالث: أن لا يعرف العجمية فيسأل عن ذلك، فإن قال أرادت به الإيلاء كان مولياً بإقراره وإن قال ما عرفته ولا أردت به الإيلاء قبل قوله مع يمينه لأن الظاهر معه وعليه اليمين لاحتمال كذبه ولا نجعله مولياً في الظاهر ولا في الباطن وإن نكل عن اليمين ردت على المرأة، فإذا حلفت حكم عليه بالإيلاء، وإن نكلت فلا إيلاء عليه، وهكذا الأعجمي إذا آلى بالعربية كان على هذه الأقاويل الثلاثة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ آلَى ثُمَّ آلَى فَإِنْ حَنَثَ فِي الأُوْلَى وَالثَّانِيَةِ لَمْ يُعَدْ عَلَيْهِ الإِيْلاَءُ وَإِنْ أَرَادَ بِاليَمِيْنِ الثَّانِيَةِ الأُولَى فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ أَرَادَ غَيْرَهَا فَأُحِبُّ كَفَّارَتَيْنِ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أنه إذا آلى مرة ثم آلى ثانية انقسم حاله فيها أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون اليمينان من جنسين وعلى زمانين كقوله: والله لا أطؤك سنة

فإذا مضت فإن وطئتك بعدها فعبدي حر فهما إيلاءان لا يكون الحنث في أحدهما حنثاً في الآخر لاختلاف الجنسين والزمانين ولا الواجب في أحدهما واجب في الآخر لاختلاف الجنسين فإذا وطيء بعدها في السنة الأولى حنث بالله تعالى ولزمه كفارة يمين، وإذا وطيء بعدها حنث بالعتق وعتق عليه عبده.

والقسم الثاني: أن يكونا من جنسين وعلى زمان واحد كقوله: إن وطئتك سنة فمالي صدقة ثم يقول: إن وطئتك في هذه السنة فأنت طالق فهو إيلاء واحد بيمينين يكون الحنث فيه واحد لأن الزمان واحد والواجب فيه شيئين لأنهما جنسان فتطلق عليه بالحنث ويكون في الصدقة بماله مخيراً بين الصدقة وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج خرج مخرج اليمين.

والقسم الثالث: أن يكون من جنس واحد وعلى زمانين كقوله: والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك سنة فهو إيلاءان لا يكون الحنث في أحدهما حنثاً في الآخر لاختلاف الزمانين والواجب في أحدهما مثل الواجب في الآخر لتماثل اليمينين فإذا حنث في الأول فعليه كفارة يمين وإذا حنث في الثاني فعليه كفارة ثانية.

والقسم الرابع: أن يكون من جنس واحد وعلى زمان واحد كقوله والله لا وطئتك سنة ثم يقول لا وطئتك سنة ويريد بهما سنة واحدة فهو إيلاء واحد بيمينين من جنس واحد فيكون الحنث فيهما واحداً كان الزمان واحداً أم لا، ولا يخل حاله في اليمينين المتماثلين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد بالثانية تأكيد الأولى فلا يلزمه إلا داخل في حكم المؤكد كما لو كرر الطلاق تأكيداً لم يلزمه إلا طلاق واحد.

والقسم الثاني: أن يريد باليمين الثانية الاستئناف ففيه قولان:

أحدهما: عليه كفارة واحدة وهو ظاهر كلامه هاهنا لأنه قال فأوجب كفارتين، فجعل الثانية مستحبة لا واجبة، ووجه ذلك أن اليمين الثانية لم تفد غير ما أفادت الأولى فلم توجب غير موجب الأولى، ولأن الحرمتين إذا اتفقتا في الموجب تداخلتا كالمحرم إذا قتل صيداً في الحرم لزمه جزاء واحد.

والقول الثاني: عليه كفارتان.

ووجهه: إن حرمة اليمين الثانية كحرمة اليمين الأولى فوجب أن يوجب مثل حكم الأولى، ولأنهما يمينان مقصودتان فلم يتداخل موجبهما كالجنسين.

والقسم الثالث: أن يطلق اليمين الثانية فلا يريد بها التأكيد كالقسم الأول، ولا يريد بها الاستئناف كالقسم الثاني، فإن قيل لو أراد الاستئناف لزمته كفارة واحدة ففي

الإطلاق أولى أن يلزمه كفارة واحدة، فإن قيل لو أراد الاستئناف لزمته كفارتان ففيه إذا أطلق قولان بناء على اختلاف قوله فيمن-قال أنت طالق أنت طالق ولم يرد تأكيداً ولا استئنافاً، فأحد قوليه يلزمه طلقتان فكذلك هاهنا يلزمه كفارتان، والقول الثاني يلزمه طلقة واحدة وكذلك هاهنا يلزمه كفارة واحدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَدْ زَعَمَ مَنْ خَالَفْنَا فِي الوَقْفِ أَنَّ الفَيْئَةَ فِعْلٌ يُحْدِثُهُ بَعْدَ اليَمِيْنِ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ إِمَّا بِجَمَاعٍ أَوْ فَيْءٍ مَعْذُورٍ بِلِسَانِهِ وَزَعَمَ أَنَّ عَزِيمَةَ الطَّلَاقِ انْقِضَاءُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ بِغَيْرِ فِعْلٍ يُحْدِثُهُ وَقَدْ ذَكَرَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى بِلاَ فَصْلٍ بَيْنَهُمَا فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ أَنْ لَوْ عَزَمَ أَنْ لاَ يَفِيءَ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ أَيَكُونَ طَلاَقاً؟ قَالَ لاَ حَتَّى يُطْلِقَ قُلْتُ فَكَيْفَ يَكُونَ انْقِضَاءُ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ طَلاَقاً بِغَيْرِ عَزْمٍ وَلاَ إِحْدَاثِ شَيْءٍ لَمْ يَكُنْ؟».

قال الماوردي: وهذا فصل قصد الشافعي فيه أبا حنيفة قال انقضاء الأربعة الأشهر موجباً للطلاق فاحتج عليه بشيئين:

أحدهما: إن قال لما كان لو عزم أن لا يفيء في الأربعة الأشهر لم يكن طلاقاً حتى يطلق وذلك لا يكون ترك العزم بمضي الأربعة أشهر طلاقاً حتى يطلق.

والثاني: وهو فحوى كلامه أنه لما كان مخيراً بين الفيئة والطلاق ثم لم تكن الفيئة إلا من فعله فكذلك الطلاق، وقد مضى ذكر الحجاج في أول الكتاب مستوفى وبالله التوفيق.

بَابُ إِيْلَاءِ الخَصِيِّ غَيْرِ المَجْبُوبِ والمَجْبُوبِ
مِنْ كِتَابِ الإِيْلَاءِ وَكِتَابِ النِّكَاحِ وَإِمْلَاءٌ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا آلَى الخَصِيُّ مِنِ امْرَأَتِهِ فَهُوَ كَغَيْرِ الخَصِيِّ إِذَا بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ مَا يَنَالُ بِهِ مِنَ المَرْأَةِ مَا يَبْلُغُ الرَّجُلُ حَتَّى يُغَيِّبَ الحَشَفَةَ».

قال الماوردي: أما الخصي فهو المسلول الأنثيين السليم الذكر، فإيلاؤه صحيح كإيلاء الفحل لأنه يقدر على الإصابة كقدرته بل ربما كان جماعه أقوى وأمد لعدم إنزاله، وقيل أنه قد ينزل ماءاً رقيقاً أصفر، ولذلك ألحق به الولد فيوقف ثم يطالب بالفيئة أو بالطلاق وفيئته بالجماع دون اللسان، لقدرته على الإصابة، فإن ادعى العنة كان كالفحل إذا ادعاها وهكذا إن آلى قبل الخصي ثم خصي كان على إيلائه لا يؤثر فيه الخصي، لأنه لما لم يؤثر في الابتداء فأولى أن لا يؤثر في الاستدامة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مَجْبُوباً قِيلَ لَهُ فِيءْ بِلِسَانِكَ لَا شَيْءَ عَلَيْكَ غَيْرُهُ لأَنَّهُ مِمَّنْ لَا يُجَامِعُ مِثْلُهُ (وقال في الإملاء) وَلَا إِيْلَاءَ عَلَى المَجْبُوبِ لأَنَّهُ لَا يُطِيقُ الجِمَاعَ أَبَداً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إِذَا لَمْ نَجْعَلْ لِيَمِيْنِهِ مَعْنًى يُمْكِنُ أَنْ يَحْنَثَ بِهِ سَقَطَ الإِيْلَاءُ فَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوْلَى عِنْدِي».

قال الماوردي: قال المزني أما المجبوب: فهو المقطوع الذكر السليم الأنثيين.

والممسوح هو المقطوع «الذكر» السليم الأنثيين وهما في حكم الإيلاء سواء، وله في قطع الذكر حالتان:

إحداهما: أن يقطع بعضه ويبقى ما يولج به فإيلائه صحيح كإيلاء الفحل (السليم) وفيئته بإيلاج الباقي من ذكره إن كان يقدر الحشفة مثل المستحق من إيلاج السليم، ويجري الباقي منه مجرى الذكر الصغير، فإن كان الباقي منه أكثر من حشفة السليم، ففي قدر ما يلزمه إيلاجه فيه وجهان:

أحدهما: جميعه.

والثاني: قدر الحشفة.

والحالة الثانية: أن يقطع جميعه ففيه قولان لا إيلاء عليه قاله في الإملاء؛ لأنه لم يدخل بيمينه ضرراً على زوجته، فعلى هذا لا وقف ولا مطالبة.

والقول الثاني: قاله هاهنا، وفي كتاب «الأم» يكون مولياً، لأنه قصد الإضرار بقوله فإن كان عاجزاً فصار كقصده الإضرار بفعله كالمريض، فعلى هذا يوقف لها مدة التربص ثم يطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق، إلا أنها فيئة معذور باللسان فيقول لست أقدر على الوطء ولو أقدرني الله عليه لوطئت فيسقط بهذه الفيئة حكم الإيلاء ولم تجب بها الكفارة؛ لأنه لم يحنث.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ آلَى صَحِيحاً ثُمَّ جُبَّ ذَكَرُهُ كَانَ لَهَا الخِيَارُ مَكَانَهَا فِي المَقَامِ مَعَهُ أَوْ فِرَاقُهُ».

قال الماوردي: أما إذا آلى الفحل ثم خصي فهو على إيلائه لأن الخصي لما لم يمنع ابتداء الإيلاء فأولى أن لا يمنع من استدامته، فأما إذا آلى ثم جب ذكره فلها خيار الفسخ في الجب من وقته، لأنه أحد عيوب الأزواج الموجبة لاستحقاق الفسخ وسواء كان قد أصابها قبل الجب أو لم يصبها فإنها تستحق به الفسخ بخلاف العنين إذا أصاب قبل العنة حيث لم يجب لها الفسخ لأن إصابة العنيين تمنع من صحة عنته وإصابة المجبوب لا تمنع من صحة جبه، وإن فسخت بالجب سقط حكم الإيلاء، وإن لم تفسخ بالجب ففي سقوط الإيلاء به قولان:

أحدهما: قد سقط إيلاءه بحدوث الجب إذا قيل إنه يسقط إذا تقدم الجب، فعلى هذا يسقط الباقي من مدة التربص ولا يستحق عليه المطالبة بفيئة ولا طلاق.

والقول الثاني: أن إيلاءه لا يسقط إذا تقدم الجب، فعلى هذا يستكمل الوقف ثم يطالب بعده بالفيئة أو الطلاق، وفيئته فيئة معذور باللسان، فإن امتنع منهما طلق عليه الحاكم في أصح القولين كالفحل ـ والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الظِّهَارِ

بَابُ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الظِّهَارُ وَمَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَيْ ظِهَارٍ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] الآية».

قال الماوردي: أما الظهار فهو مشتق من الظهر لأنه يقول: أنت عليَّ كظهر أمي أي ظهرك محرَّم عليَّ كتحريم ظهرها وخص الظهر لاختصاصه بالركوب وقد كان الظهار طلاقاً في الجاهلية لا رجعة بعده وكذلك الإيلاء.

واختلف أصحابنا هل عمل به في صدر الإسلام قبل نزول ما استقر عليه حكمه.

فقال بعضهم: عمل به ثم نسخ.

وقال آخرون: لم يعمل به حتى تبيَّن.

والسبب في نزول حكم الظهار ما رواه قتادة عن أنس بن مالك أن أوس بن الصامت ظاهر من امرأته خولة بنت ثعلبة فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ وقالت: ظاهر مني حين كبرت سني ورق عظمي.

وفي رواية بعد أن نثلت له كنانتي وقدمت معه صحبتي وابنه صبية إن ضمَّهم إليَّ جاعا وإن ضمَّهم إليه ضاعا إلى الله أشكو عجزي وفَخْرِي ـ أي همومي وأحزاني ـ.

قال أنس فأنزل الله تعالى آية الظهار فقال رسول الله ﷺ لأوس أعتق رقبة فقال: مالي بذلك يدان فقال: صُم شهرين متتابعين فقال: أما إني إذا أخطأني أن آكل في اليوم يَكِلُّ بصري. قال: فأطعم ستين مسكيناً قال: ما أجد إلا أن تعينني منك بعون وصلة قال: فأعانه رسول الله ﷺ بخمسة عشر صاعاً حتى جمع الآية الله له «والله غفور رحيم».

وروى هشام بن حسان عن ابن سيرين قال: أول من ظاهر في الإسلام زوج خولة فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال: ما أتاني في هذا شيء فقالت: يا رسول الله نال مني وجعلت تشكو إلى الله تعالى فبينما هما كذلك إذ نزل القرآن ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ [المجادلة: ١] إلى قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ

رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ثم حُبس الوحي فانصرف رسول الله ﷺ إليها فتلى عليها، فقالت: ما نجد رقبة فقال رسول الله ﷺ هو ذلك فبينما هي كذلك إذ نزل الوحي ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] ثم حُبس الوحي فانصرف رسول الله ﷺ فتلى الوحي عليها فقالت: ما نستطيع فقال رسول الله ﷺ هو ذلك فبينما هي كذلك إذ نزل الوحي ﴿فَمَنْ لَم يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامَ سِتِّينَ مِسكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] فانصرف إليها رسول الله ﷺ فتلاها عليها فقالت: ما نجد فقال رسول الله ﷺ: إنا سنعينه». قال أصحابنا: فنزلت هذه الآيات الثلاث(١).

فالأولى: في قصتها.

والثانية: في قصته.

والثالثة: في بيان حكم كل مظاهر لكونها عامة هذا هو السبب في نزول آي الظهار وبيان حكمه.

ثم حدثت قصة أخرى بعد استقرار حكم الظهار، وهو ما رواه سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر قال: كنت امرأً يُصيب من النساء ما لا يصيبه غيري فلما أَظلَّني شهر رمضان خشيت أن لا أنزع عنها إلى أن يدركني الفجر فتظاهرت منها فخدمتني في ليلة قمراً فرأيت ساقها فلم ألبث أن وثبت إليها فجامعتها ثم انطلقت إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال: أعتق رقبة، فقلت: والذي بعثك بالحق نبياً ما أملك رقبة غير هذه وضربت بيدي إلى رقبتي فقال: صم شهرين متتابعين فقلت: وهل أصابني ما أصابني إلا من الصوم فقال: أطعم ستين مسكيناً فقلت يا رسول الله: لقد بتنا ليلتنا هذه ومالنا طعام نأكله فقال: اذهب إلى صدقة بني زُريق فخذها وأطعم منها ستين مسكيناً وكل أنت وأهلك الباقي(٢).

فخبر خولة مع أوس بن الصامت سبب لبيان حكم الظهار وما نزل من القرآن وخبر سلمة بن صخر مع امرأته بعد استقرار حكمه وظهور ما نزل فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ زَوْجٍ جَازَ طَلَاقُهُ وَجَرَى عَلَيْهِ الحُكْم مِنْ بَالِغٍ جَرَى عَلَيْهِ الظِّهَار حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْداً أَوْ ذَمياً».

قال الماوردي: وهذا كما قال يصح ظهار الذمي كما يصح ظهار الحر المسلم.

وقال مالك: لا يصح ظهار العبد.

---

(١) انظر تفسير الطبري (٤٢٣/١٢).

(٢) أخرجه أحمد (٤٣٦/٥) والدارمي (١٦٣/٢) وأبو داود (٦٦٠/٢) (٢٢١٤) والترمذي (٤٠٥/٥) (٣٢٩٩) والحاكم (٢٠٤/٢).

وقال أبو حنيفة: لا يصح ظهار الكافر استدلالاً بقوله تعالى: ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] وليس الكافر منا فخرج من حكم الظهار والعبد وإن كان مسلماً فهو غير داخل فيما قصد به التميز والتشريف، ثم قال: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُوْلُونَ مُنْكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزَوْراً﴾ [المجادلة: ٢] فجعله بالظهار قائلاً منكراً وزوراً والكافر قائل بالشرك وجحد النبوة وهو أعظم وأغلظ ثم قال ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ [المجادلة: ٢] والكافر لا يتوجه مثل هذا الخطاب إليه ثم أمر المظاهر بالكفارة وهي عتق رقبة وهي لا تصح من العبد لأنه عندكم لا يملك ولا من الكافر لأن الرقبة التي يعتقها يجب أن تكون مؤمنة والكافر لا يملك عبداً مسلماً ثم قال ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤] والصوم لا يصح من الكافر فدلت هاتان الآيتان على خروج العبد منها عند مالك وعلى خروج الكافر منها عند أبي حنيفة ثم بنى أبو حنيفة ذلك على أن التكفير لا يصح منه فلا يصح الظهار. واستدل على أن التكفير لا يصح منه مع ما تقدم ذكره من الآية بأنها عبادة تفتقر إلى النية فلم تصح من الكافر كالزكاة، ولأن التكفير تغطية للذنب وإسقاط للمأثم وهذا لا يصح من الكافر.

واستدل على هذا: بأن من لم يصح منه التكفير لم يصح منه الظهار كالمجنون.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَماسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ومن الآية دليلان:

أحدهما: عمومها المنطلق على المسلم والكافر.

والثاني: قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [المجادلة: ٤] وتوجه ذلك إلى الكافر في ابتداء الإيمان أخص من توجهه إلى المسلم في استدامة الإيمان فكان أسوأ الأحوال أن يكونا فيها سواء، فإن قالوا: هذه الآية وإن جاز أن تكون عامة في المسلم والكافر فالآية التي قبلها في المسلم دون الكافر ومن مذهبكم حمل المطلق على المقيد فلزمكم أن تحملوا عموم الثانية على خصوص الأولى. قيل: إنما يحمل المطلق على المقيد إن سلمنا أن الأولى خاصة إذا كان الحكم فيهما واحداً فأما في الحكمين المختلفين فلا يحمل المطلق على المقيد والحكم في الاثنين مختلف لأن الآية الأولى في تحريم الظهار والآية الثانية في حكم الظهار فإن قالوا: فالثانية عطف على الأولى وحكم العطف حكم المعطوف عليه قلنا: هذا فيما لا يستقل بنفسه فإن استقل لم يشارك المعطوف عليه في حكمه. ألا تراه لو قال: اضرب زيداً وعمراً كان عمراً معطوفاً على زيد في الضرب لأن ذكر زيد غير مستقل، ولو قال: اضرب زيداً وأكرم عمراً لم يصر عطفاً عليه في الحكم لاستقلاله وإن كان عطفاً عليه في الذكر. ولأن الظهار طلاق نقل إلى غيره فصح من المسلم والكافر كالإيلاء، ولأن من صح

طلاقه صح ظهاره كالمسلم؛ ولأن ما صح من المسلم في زوجته صح من الكافر كالطلاق، ولأن الأحكام المختصة بالنكاح خمسة: الطلاق والظهار والإيلاء والعدة والنسب فلما تساوى المسلم والكافر في سائرها وجب أن يساويه في الظهار. . فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِسَائِهِمْ﴾ فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه من أنها واردة في التحريم وهو يخص المسلم والتي بعدها في الحكم وهو يعم المسلم والكافر.

والثاني: أنها وإن خصت المسلم نُطقاً فقد عمت المسلم والكافر حكماً إما تنبيهاً وإما قياساً كما قال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] فكان الكافر كذلك. وأما قوله ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾. فهذا القول بالكافر أخص وليس إذا قال بالكفر منكراً وزوراً لم يقل بالظهار منكراً وزوراً. فإن قيل: فما يقوله بالكفر من المنكر والزور أعظم ثم لا يلزم به الكفارة فبأن لا يلزمه بالظهار أولى قيل: إذا لم تجب الكفارة بأغلظ المنكرين لم تجب بأخفهما، ألا ترى أن ردة المسلم إذا تاب منها أعظم من ظهاره ولا يدل سقوط الكفارة عنه في ردته على سقوطها عنه في ظهاره. وأما قوله ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ففيه جوابان:

أحدهما: عفو عن الكفارة بقبولها إذا أديت.

والثاني: عفو إن أسلم. وأما قولكم: إنه لا يصح منه الكفارة لأنها عتق مسلم عندكم وهو لا يملك مسلماً فهم يقولون إنه يجزىء عتق كافر وهو يملك كافراً، على أنه قد يصح منه عتق مسلم إذا ورث عبداً مسلماً وإما بأن يكون العبد كافراً في يده فيسلم في ملكه، وإما بأن يقول للمسلم أعتق عني عبدك هذا المسلم فيجزىء، وقولهم: لا يصح منه الصوم فيها لأنه قربة وليس إذا لم يصح منه الصوم في الكفارة لم تجب عليه الكفارة كالمرتد والكفارة في القتل. وقياسهم على الصلاة والصيام: فالمعنى في الأصل أنها عبادة محضة وفي الكفارة مع التعبد حق لآدمي.

وقولهم: «إنها تغطية للذنب وتكفير للمأثم» فهي كذلك في حق المسلم وعقوبة في حق الكافر ألا ترى إلى قول النبيّ ﷺ «الحدود كفارات لأهلها». فكانت كذلك في حق المسلم وعقوبة في حق الكافر.

وأما الجواب عن بناء الظهار على التكفير فمن وجهين:

أحدهما: انتقاضه بالمرتد يصح منه الظهار ولا يصح منه التكفير. إذا لم يعد فيه فلم يعتبر به لجواز خلوه عنه على أن التكفير يصح منه بغير الصوم وأما قياسهم

على المجنون، فالمعنى فيه أنه لا يصح طلاقه فكذلك لم يصح ظهاره والكافر يصح طلاقه فصح ظهاره.

فصل: فإذا ثبت أن ظهار العبد والكافر صحيح فكل زوج عاقل بالغ ظاهر صح ظهاره فتكون صحته معتبرة بشرطين هما: البلوغ، والعقل كالطلاق، وأما الصبي والمجنون فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما لارتفاع القلم عنهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي امْرَأَتِهِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا أَوْ لاَ يَقْدِرُ بِأَنْ تَكُونَ حَائِضاً أَوْ مُحْرِمَةً أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً».

قال الماوردي: وأما الزوجة التي يصح الظهار منها فهي التي يقع الطلاق عليها وذلك بأن تكون زوجة سواء كانت مسلمة أو كافرة حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة لأننا نعتبر البلوغ والعقل في الزوج ولا نعتبرهما في الزوجة.

قال الشافعي: رحمه الله عليه ـ «دخل بها أو لم يدخل» رداً على قوم زعموا أن الظهار لا يصح إلا من مدخول بها وهذا قول من زعم أن العود في الظهار هو العود إلى الوطء ثانية بعد أولى فإن كانت غير مدخول بها عند ظهاره فوطئها لم يكن عوداً؛ لأنه الوطء الأول فإذا لم يوجد فيها العود لم يصح منها الظهار. والكلام معهم يأتي في العود على أنه ليس يلزم أن يكون كل مظاهر عائداً فجاز أن يصح الظهار ممن لا يوجد منه العود، ثم قال الشافعي يقدر على جماعها أو لا يقدر بأن تكون حائضاً أو محرمة أو رتقاء أو صغيرة وهذا قاله رداً على آخرين زعموا أن الظهار لا يصح إلا على من يمكن جماعها لصغر أو رتق، أو لا تحل لإحرام أو حيض لأنه حرم بالظهار ما لم يكن لتحريم الظهار فيه تأثير. وهذا فاسد لأن الظهار كان لفظاً نقل حكمه مع بقاء محله والطلاق يقع عليهن فصح الظهار منهن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ فِي عِدَّةٍ يَمْلِكُ رُجْعَتَهَا فَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الَّتِي يَمْلِكُ رُجْعَتَهَا أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ إِنْ رَاجَعَهَا لأَنَّهُ يَقُولُ لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَتْبَعَ التَّظْهِيرَ طَلاَقاً مَلَكَ فِيهِ الرَّجْعَةَ فَلاَ حُكْمَ لِلإِيْلاَءِ حَتَّى يَرْتَجِعَ فَإِذَا ارْتَجَعَ رَجَعَ حُكْمَ الإِيْلاَءِ وَقَدْ جَمَعَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا حَيْثُ يَلْزَمَانِ وَحَيْثُ يَسْقُطَانِ وَفِي هَذَا لِمَا وَصَفْتُ بَيَانٌ».

قال الماوردي: إذا ظاهر من المطلقة لم يخل طلاقها من أحد أمرين: إما أن يكون بائناً أو رجعياً فإن كان بائناً لم يصح الظهار منها لأنها لا يقع عليها لخروجها من

حكم الزوجات، وإن كان الطلاق رجعياً فإن صادق ظهاره بعد انقضاء عدتها منه لم يصح الظهار لأنها قد بانت بانقضاء العدة وإن كان في العدة صح الظهار لأنه لما وقع الطلاق عليها في العدة صح الظهار منها في العدة كالزوجة إلا أنه لا يكون عائداً مع صحة الظهار ما لم يراجع لأن العود أن يمسكها بعد الظهار زوجة من غير تحريم يوجب للفرقة وهذه في تحريم فرقة فلم يصر بظهاره عائداً، ولأنه لو ظاهر منها قبل الطلاق ثم اتبعه بطلاق رجعي لم يكن عائداً فكذلك إذا ظاهر منها في طلاق رجعي وإذا صح أنه لا يكون عائداً وإن صح ظهاره ما لم يراجع فالكفارة عليه لأن الكفارة تجب بالعود بعد الظهار والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن ظهاره في العدة صحيح وإن لم يكن عائداً فله حالتان:

إحداهما: أن يراجعها في العدة.

والثانية: أن لا يراجعها. فإن راجعها في العدة عادت إلى النكاح الذي ظاهرها فيه وعاد الظهار فيه وصار عائداً، وبماذا يصير عائداً فيه قولان:

أحدهما: قال في الأم يصير عائداً بنفس الرجعة لأن الرجعة أوكد من إمساكها زوجة بعد الظهار لأنه أبلغ في التمسك بعصمتها من استدامة إمساكها فكان بأن يصير عائداً أولى. فعلى هذا تجب الكفارة عليه بمجرد الرجعة التي صار بها عائداً، فلو اتبع الرجعة طلاقاً لم تسقط عنه الكفارة.

والقول الثاني: قاله في «الإملاء» أنه لا يكون عائداً بنفس الرجعة حتى يمضي عليها بعدها زمان العود وهو إمساكها بعد الرجعة حتى يمضي زمان التحريم بالفرقة وإنما لم يصر عائداً إلا بالإمساك بعد الرجعة ؛ لأن العود أن يمسكها زوجة غير محرمة وليس يمسكها زوجة إلا بعد الرجعة فعلى هذا لو اتبع الرجعة طلاقاً لم يصر عائداً ولم تجب عليه الكفارة ولو أمهلها بعد الرجعة حتى مضى عليه زمان التحريم صار حينئذ عائداً ووجبت عليه الكفارة.

وأما الحالة الثانية: وهو أن لا يراجعها حتى تمضي العدة فقد بانت فإن لم يستأنف نكاحها سقط حكم الظهار، وإن استأنف نكاحها فهل يعود ظهاره فيه أم لا، على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد أن ظهاره في النكاح الأول يعود في النكاح الثاني.

والقول الثاني: في الجديد لا يعود وقد مضى توجيه القولين فإذا قيل أن ظهاره لا يعود فقد بطل حكمه وحل له إصابتها لأنه لم يعد فلم يحرم وإذا قيل أن ظهاره يعود

صار عائداً وبماذا يصير عائداً؟ على وجهين مخرجين من القولين في الرجعة:

أحدهما: يصير عائداً بنفس النكاح ووجبت عليه الكفارة.

والوجه الثاني: أنه لا يكون عائداً إلا بأن يمضي بعد النكاح زمان العود فلو اتبع النكاح طلاقاً لم يعد ولم تجب عليه الكفارة.

فصل: فأما المزني فقد اختلف أصحابنا في مراده بكلامه فقال البغداديون: أراد به أن الظهار في عدة الرجعة لا يكون ظهاراً إلا بعد الرجعة فيكون مخالفاً للشافعي في مذهبه ومحتجاً بأنه لما لم يكن عائداً إلا بعد الرجعة، كذلك لا يكون مظاهراً إلا بعد الرجعة، وهذا خطأ لأن شرط الظهار أن يصادفها في الزوجية وهذه جارية في أحكام الزوجية فصح ظهاره منها لوجود شرطه وشرط العود أن يمسكها غير محرمة وهذه محرمة فلم يصر عائداً لعدم شرطه فافترقا. وقال البصريون: بل توهم المزني أن الشافعي حين جعله مظاهراً في العدة جعله عائداً فيها فتكلم عليه وهذا وهم على الشافعي وليس بمخالفة له فإن الشافعي وإن جعله مظاهراً قبل الرجعة لم يجعله عائداً إلا بعدها. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَظَاهَرَ مِن امْرَأَتِهِ وَهِيَ أَمَةٌ ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَسَدَ النِّكَاحُ وَالظِّهَارُ بِحَالِهِ لاَ يَقْرَبُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ لأَنَّهَا لَزِمَتْهُ وَهِيَ زَوْجَةٌ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ظاهر من زوجته وهي أمة فظهاره منها صحيح كما أن طلاقه عليها واقع فإذا اشتراها بعد ظهاره فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الشراء بعد مضي زمان العود ووجوب الكفارة فيبطل النكاح بالملك، ولا تسقط الكفارة بالشراء لوجوبها قبله وهي محرمة عليه بعد الشراء والملك حتى يكفر كما كانت محرمة عليه قبل الشراء كالملاعنة إذا اشتراها كان تحريمها بعد الشراء كتحريمها قبله وكالمطلقة ثلاثاً إذا اشتراها، فعلى هذا لو أعتقها في كفارته أجزأته وإن كانت سبباً في وجوبها عليه كما لو نذر إن ملك أمة أن يعتق رقبة فملك أمة جاز أن يعتقها عن نذره وإن كانت سبباً لوجوب نذره.

والضرب الثاني: أن يشتريها قبل العود وذلك بأن يشتريها عقيب ظهاره من غير فصل ففي عوده وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من كلام الشافعي هاهنا أنه يصير عائداً بالشراء لأن العود أن يمسكها بعد الظهار فلا يحرمها وليس الشراء تحريماً لها بل استباحتها بالملك أقوى من استباحتها بالنكاح فعلى هذا قد وجبت عليه كفارة العود وحرم عليه إصابتها حتى يكفر، ولو اتبع الشراء عتقها لم تسقط عنه الكفارة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون بالشراء عائداً ولا بعده وقد سقط حكم العود بثبوت الملك لأن العود أن يمسكها زوجة وهذه بالشراء عقيب الظهار خارجة من الزوجية، ولأن الشراء أرفع للزوجية من الطلاق الرجعي، ولأن العود تابع للظهار فلما لم يصح الظهار إلا في حال الزوجية لم يصح العود إلا في حال الزوجية.

قال أبو إسحاق: وهذا هو الظاهر من كلام الشافعي رحمه الله لأن تعليله بأنها لزمته وهي زوجته دليل على أنه حرمها عليه لوجوب الكفارة وهي زوجة فعلى هذا لا يصير عائداً بالشراء ولا تجب عليه الكفارة وتحل له كالأمة التي لم يتقدم ظهارها، ووجدت لبعض أصحابنا وجهاً ثالثاً وهو أن قال: إن كان الشراء عقيب الظهار بأن ابتدأ الزوج بالطلب فقال للمالك: بعني فقال: قد بعت لم يكن عائداً لأنه شرع عقيب ظهاره فيما يرفع الزوجية فلم يكن عائداً كما لو شرع في الطلاق، وإن ابتدأ المالك عقيب ظهاره بالبذل فقال: [قد] بعتك فقال الزوج: قد قبلت صار عائداً لأن بذل المالك غير منسوب إلى فعل الزوج فصار الزوج في زمان البذل ممسكاً عن رفع الزوجية وما يعقب البذل من قبوله الرافع للزوجية كان بعد مضي زمان العود فلذلك صار عائداً ووجبت عليه الكفارة فامتنع منها حتى يكفر ولهذا الوجه وجه بين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَلْزَمُ المَغْلُوب عَلَى عَقْلِهِ إِلاَّ مِنْ سُكْرٍ (وقال في القديم) فِي ظِهَارِ السَّكْرَانِ قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُ وَالآخَرُ لاَ يَلْزَمُهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَلْزَمُهُ أَوْلَى وَأَشْبَهُ بِأَقَاوِيْلِهِ وَلاَ يَلْزَمُهُ أَشْبَهُ بِالحَقِّ عِنْدِي إِذَا كَانَ لاَ يُمَيِّزُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِلَّةُ جَوَازِ الطَّلاَقِ عِندَهُ إِرَادَةُ المُطَلِّقِ وَلاَ طَلاَقَ عِندَهُ عَلَى مُكْرَهٍ لِارْتِفَاعِ إِرَادَتِهِ وَالسَّكْرَانِ الَّذِي لاَ يَعْقِلُ مَعْنَى مَا يَقُولُ لاَ إِرَادَةَ لَهُ كَالنَّائِمِ فَإِنْ قِيْلَ لأَنَّهُ أَدْخَلَ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ قِيلَ أَولَيْسَ وَإِنْ أَدْخَلَهُ عَلَى نَفْسِهِ فَهُوَ فِي مَعْنَى مَا أَدْخَلَهُ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ ذَهَابِ عَقْلِهِ وَارْتِفَاعِ إِرَادَتِهِ وَلَوِ افْتَرَقَ حُكْمُهُمَا فِي المَعْنَى الوَاحِدِ لِاخْتِلاَفِ نِسْبَتِهِ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ غَيْرِهِ لاختلف حُكْمَ مَنْ جُنَّ بِسَبَبِ نَفْسِهِ وَحُكْمَ مَنْ جُنَّ بِسَبَبِ غَيْرِهِ فَيَجُوزُ بِذَلِكَ طَلاَقُ بَعْضِ المَجَانِيْنَ فَإِنْ قِيلَ فَفَرْضُ الصَّلاَةِ يَلْزَمُ السَّكْرَانَ وَلاَ يَلْزَمُ المَجْنُونَ قِيلَ وَكَذَلِكَ فَرْضُ الصَّلاَةِ يَلْزَمُ النَّائِمَ وَلاَ يَلْزَمُ المَجْنُونَ فَهَلْ يُجِيزُ طَلاَقَ النَّومِ لِوُجُوبِ فَرْضِ الصَّلاَةِ عَلَيْهِمْ فَإِنْ قِيلَ لاَ يُجَوِّزُ لأَنَّهُ لاَ يَعْقِلُ قِيلَ وَكَذَلِكَ طَلاَقُ السَّكْرَانِ لأَنَّهُ لاَ يَعْقِلُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿**وَلاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ**﴾ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ صَلاَةٌ حَتَّى يَعْلَمَهَا وَيُرِيدَهَا وَكَذَلِكَ لاَ طَلاَقَ لَهُ وَلاَ

ظِهَارَ حَتَّى يَعْلَمَهُ وَيُرِيدَهُ وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ وَاللَّيْث بْن سَعْدٍ وَغَيْرِهِمْ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إِذَا ارْتَدَّ سَكْرَانٌ لَمْ يُسْتَتَبْ فِي سُكْرِهِ وَلَمْ يُقْتَلْ فِيْهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ أَنْ لاَ حُكْمَ لِقَوْلِهِ لاَ أَتُوبُ لأَنَّهُ لاَ يَعْقِلُ مَا يَقُولُ فَكَذَلِكَ هُوَ فِي الطَّلاَقِ وَالظِّهَارِ لاَ يَعْقِلُ مَا يَقُولُ فَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْهِ فِي الْقَدِيْمِ».

قال الماوردي: لا اختلاف بين الفقهاء أن المجنون والمغمى عليه والنائم لا يقع طلاقهم ولا يصح ظهارهم فأما السكران فله حالتان:

إحداهما: أن يكون سكره من غير معصية كمن شرب شراباً ظنه غير مسكر فكان مسكراً أو أكره على شرب المسكر أو شرب دواء فأسكره فهذا كالمغمى عليه في أن لا يقع طلاقه ولا يصح ظهاره.

والحالة الثانية: أن يكون سكره بمعصية وهو أن يقصد شرب المسكر فَيَسْكَر. فقد اختلف الناس في طلاقه وظهاره فمذهب الشافعي في الجديد والقديم وما ظهر في جميع كتبه ونقله عنه سائر أصحابه غير المزني أن طلاقه وظهاره واقع كالصاحي ونقل المزني عنه قولاً ثانياً في القديم أن طلاقه وظهاره لا يقع فاختلف أصحابنا فيما نقله عنه فأثبته بعضهم قولاً ثانياً لثقة المزني في روايته وضبطه لنقله ونفاه الأكثرون وامتنعوا من تخريجه قولاً ثانياً لأن المزني وإن كان ثقة ضابطاً فليس من أصحابه في القديم، ومذهبه في القديم إما أن يكون مأخوذاً من كتبه القديمة وليس فيها هذا القول وإما أن يكون منقولاً عن أصحاب القديم وهم الزعفراني والكرابيسي وأبو ثور، وأحمد بن حنبل والحارث وابن سريج، والقفال وأبو عبد الرحمن الشافعي ولم يُنقل عن واحد منهم هذا القول فلا يجوز أن يضاف إليه، ويجوز أن يكون سمعه من بعض أصحاب القديم مذهباً له فوهم ونسبه إلى الشافعي لأن أبا ثور يرى ذلك مذهباً لنفسه، فصار مذهبه قولاً واحداً في الجديد والقديم أن طلاق السكران وظهاره واقع وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وإحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عن جميعهم ومن التابعين سعيد بن المسيب، والحسن وابن سيرين وسليمان بن يسار ومن الفقهاء مالك بن أنس في أكثر أهل المدينة والأوزاعي في أكثر أهل الشام، والنَّخْعي، والثوري وأبو حنيفة في أكثر أهل العراق.

وقال المزني: طلاق السكران وظهاره لا يقع وبه قال من الصحابة عثمان بن عفان رضي الله عنه وإحدى الروايتين عن ابن عباس ومن التابعين عمر بن عبد العزيز.

ومن الفقهاء الليث بن سعد، وداود بن علي، وعثمان البتي وأبو ثور. واستدلوا

على أنه غير مأخوذ بطلاقه وظهاره كالمغمى عليه بأن ماعزاً أقر عند رسول الله ﷺ بـالـزنـا فقـال: «لعلـك لمسـت لعلـك قبّلـت» قـال: لا قـال: أبـه جنّـة قيـل: لا قال: «استنكهوه» ليعلم بذلك حال سكره من صحوه فلولا افتراق حكمه بالسكر والصحو لما كان لأمره بذلك تأثير. واستدل المزني بما سنذكره.. والدليل على وقوع طلاقه وظهاره مع عموم القرآن فيهما وما اجتمعت الصحابة عليه حين قال لهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أرى الناس قد تتابعوا في شرب الخمر واستهانوا بحده فماذا ترون فقال علي ابن أبي طالب رضوان الله عليه أرى أن يحد ثمانين حد المفتري؛ لأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذي وإذا هذى افترى فوافقوه جميعاً على قوله وحدَّه عمر ثمانين بعد أن كان حده أربعين، فكانت الزيادة إما تعزيراً أو حداً عند غيرنا، وأيهما كان فقد أجمعوا على إثبات افترائه في سكره، وثبوته لإجراء حكم الصاحي عليه وكذلك في طلاقه وظهاره، ولأن وقوع طلاقه وظهاره تغليظ وسقوطهما تخفيف والسكران عاص فكان بالتغليظ أولى وأحق من التخفيف، ولأن السكران متردد بين أصلين.

أحدهما: الصاحي، **والآخر**: المجنون فكان إلحاقه بالصاحي لتكليفه ووجوب العبادات عليه وفسقه وحده ومؤاخذته بردته وقذفه أولى من إلحاقه بالمجنون الذي لا تجري عليه [هذه] الأحكام.

فأما الجواب عما أمر به من استنكاه ماعز فهو ليجعل سكره شبهة في درء الحد عنه لأن الحدود تدرأ بالشبهات وإن كان لقوله حكم.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من وقوع طلاقه وظهاره فقد اختلف أصحابنا في العلة الموجبة لوقوع طلاقه وظهاره على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن العلة فيه عدم عذره بزوال عقله في سكره وهذا قول أبي العباس بن سريج، فجرى عليه حكم الصاحي في جميع ما يضره كالطلاق والظهار والعتق وفي جميع ما ينفعه كالرجعة وطلب الشفعة وسائر العقود ويكون مؤاخذاً بذلك في ظاهر الحكم وفي الباطن فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع الفرق في وجود ذلك منه بين حال الإصحاء وحال السكر.

والوجه الثاني: أن العلة فيه التغليظ عليه لأجل المعصية لسكره فعلى هذا تنقسم أفعاله ثلاثة أقسام:

قسم هو عليه كالطلاق والظهار والعتق يصح منه ويؤخذ به كالصاحي تغليظاً. وقسم هو له كالرجعة وطلب الشفعة فلا يصح منه لأن صحته منه تخفيف عليه كما أن

إبطال طلاقه وظهاره تخفيف عليه وإبطال ذلك تغليظ عليه كما أن إيقاع طلاقه وظهاره تغليظ عليه.

وقسم ثالث: يكون له وعليه وهو عقود بياعاته وإجاراته ومناكحه فإن كان مطلوباً بها كان تصحيحها منه تغليظاً عليه فصحت منه وإن كان مطالباً بها كان تصحيحها منه تخفيفاً عليه فأبطلت عليه. قال أبو حامد المرورزوي كنت أذهب إلى هذا حتى وجدت للشافعي في كتاب الرجعة أن رجعته صحيحة.

والوجه الثالث: أن العلة فيه وجود التهمة تكفيه فيما أظهر من سكره فعلى هذا يصح جميع ذلك منه في ظاهر الحكم فيما له وعليه ويكون في الباطن مذنباً فيما بينه وبين الله تعالى فعلى هذا إن تيقن أنه لم يعلم بما تلفظ به من طلاقه وظهاره وعتقه جاز له فيما بينه وبين الله تعالى وطء زوجته إذا قدر عليها وبيع عبده إذا أمكنه ولو جاز أن يخبرنا الصادق بصحة سكره لما لزمه ذلك في الظاهر كما لا يلزمه في الباطن.

فصل: فأما المزني فإنه احتج لما ذهب إليه من رد أفعاله وأقواله وإبطال طلاقه وظهاره بأربعة أشياء:

أحدهما: علة جواز الطلاق عنده إرادة المطلق ولا طلاق عنده على مُكرَه لارتفاع إرادته والسكران الذي لا يعقل معنى ما يقول لا إرادة له كالنائم فلم يصح طلاقه. وعن هذا ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن علة طلاقه ما قدمناه على اختلاف أصحابنا فكان ما ادعاه ممنوعاً.

والجواب الثاني: أن ما ادعاه من أن علة الطلاق إرادة المطلق خطأ فاسد لأن إرادة المطلق غير معتبرة في الصاحي باتفاق ولو طلق غير مريد وقع طلاقه فلم يجز أن تكون الإرادة علة لوقوع الطلاق، وإنما لم يوقع طلاق المكره والنائم والمجنون لأن معهم علماً ظاهراً هم يعذرون فيه يدل على خروجهم من أهل الإرادة وليس مع السكران علم ظاهر هو معذور فيه يدل على خروجه من أهل الإرادة.

والجواب الثالث: أن إرادة المطلق جعلها علة لإثبات الطلاق فلا يجوز أن تصير علة لإسقاطه؛ لأن علة الإثبات ضد علة الإسقاط، وجمعه بين السكران والنائم لا يصح من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النوم طبع في الخلقة لا يقدر على دفعه عن نفسه وليس كذلك السكر.

والثاني: أن العلم بالنوم مرفوع وليس كذلك السكر.

والثالث: أن النوم لا يتعلق به مأثم ويفيق [وليس] كذلك السكر.

فصل: والسُّؤَال الثاني: قال المزني: فإن قيل: لأنه أدخل ذلك على نفسه قيل: أوليس وإن أدخله على نفسه فهو كما في معنى ما أدخله عليه غيره من ذهاب عقله وارتفاع إرادته. وهذا الجمع خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه معذور بما أدخله عليه غيره وليس بمعذور بما أدخله على نفسه ولا يجوز أن يجمع بين حكم المعذور وغير المعذور.

والثاني: أنه يأثم بما أدخله على نفسه ولا يأثم بما أدخله عليه غيره ولا يجوز أن يجمع بين الإثم وغير الإثم. ثم قال المزني: ولو افترق حكمهما في المعنى الواحد لاختلاف سببه من نفسه وغيره لاختلف حكم من جُن بسبب نفسه وحكم من جُن بسبب غيره فيجوز بذلك طلاق بعض المجانين. والجواب عنه: أننا كذلك نقول في الجنون والسكر لأنه إن زال عقله بشرب سم أو دواء لا يخلو حاله فيه من أمرين: إما أن يكون عالماً به أو غير عالم، فإن كان غير عالم بأنه يسكر لم يقع طلاقه فقد استويا في أن طلاقهما مع عدم العلم بحالهما لا يقع، وإن علم أن ما يتناوله من الدواء يسكر كما يعلم أن الشراب الذي يتناوله يسكر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تدعوه الضرورة إليه لأنه لا دواء له غيره فلا يكون بسكر هذا الدواء مؤاخذاً ولا يقع طلاقه فيه وإن كان مثله في شرب المسكر شربه لدواء اتفق الطب على أنه لا دواء له غيره فقد اختلف أصحابنا في إباحة شربه له عند هذه الضرورة على وجهين:

أحدهما: أنه يصير مباحاً له كغيره من الأدوية المسكرة من البنج وما جرى مجراه فعلى هذا لا يقع طلاقه كما لا يقع طلاق من سكر بغيره من الأدوية التي لا يجد منها بداً فقد استويا.

والوجه الثاني: أنه لا يكون مباحاً وإن كان له فيه شفاء لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما جُعل شفاء أمتي فيما حرم عليها» فعلى هذا يقع طلاقه، والفرق بين سكر الشراب المسكر وبين سكر الدواء المسكر مع اشتراكهما في التداوي بهما من وجهين:

أحدهما: أن شرب المسكر في التداوي يدعو إلى شربه في غير التداوي لميل النفس إليه، وليس شرب الدواء في التداوي بداع إلى شربه في غير التداوي لنفور النفس عنه.

والثاني: أن مع سكر الشراب لذة مطربة وليس مع سكر الدواء هذه اللذة المطربة فافترق السكران من هذين الوجهين:

والضرب الثاني: أن يشرب الدواء المسكر قصد السكر من غير حاجة داعية إلى شربه ففي سكره فيه وجهان:

أحدهما: [أنه] كسكره من الشراب يقع طلاقه فيه وظهاره فعلى هذا قد استويا.

والوجه الثاني: أنه لا يقع طلاقه بخلاف سكر الشراب وإن اشترك في المعصية للفرقين المتقدمين.

أحدهما: أن في سكر الشراب لذة مطربة تدعو إلى ارتكاب المحظورات وإثارة العداوات وهذا المعنى معدوم في سكر الدواء.

والثاني: أن للنفس ميلاً يدعو إلى سكر الشراب فيبعث قليله على كثيره وفي النفس نفور من سكر الدواء يبعث على مجانبته ولهذين الفرقين أوجبنا الحد في سكر الشراب ولم نوجبه في سكر الدواء فلذلك أوقعنا الطلاق في سكر الشراب، ولم نوقعه في سكر الدواء وجعلنا سكر الدواء كالجنون ولم نجعل سكر الشراب كالجنون، وهكذا الجنون إن أدخله على نفسه من غير قصد فهو كالداخل عليه بغير فعله وإن أدخله على نفسه بقصده فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يكون مؤاخذاً بأحكامه وبطلاقه وبظهاره لمعصيته كالسكران.

والوجه الثاني: أنه لا يكون مؤاخذاً بالأحكام ولا يقع طلاقه وظهاره بخلاف السكران لما قدمناه من الفرق بينهما وقد ذكر المزني في مسائله المنثورة عن الشافعي أن رجلاً لو نطح رجلاً فانقلب دماغ الناطح والمنطوح ثم طلقا امرأتيهما أن طلاقهما لا يقع يسوي بين الناطح والمنطوح في إبطال طلاقهما وإن كان الناطح عاصياً والمنطوح غير عاص.

فصل: والسؤال الثالث: قال المزني فإن قيل: ففرض الصلاة يلزم السكران ولا يلزم المجنون فلذلك فرض الصلاة يلزم النائم ولا يلزم المجنون فهل يجيز طلاق السكران لأنه لا يعقل ما يقول قال الله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فلم تكن له صلاة حتى يعلمها ويريدها كذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه ويريده. وذكر المزني في هذا السؤال ثلاثة فصول:

أحدها: أنه قال لو لزم طلاق السكران لأن فرض الصلاة يلزمه ولا يلزم المجنون لوجب أن يلزم طلاق النائم وطلاقه لا يلزم وإن لزمه الفرض كذلك السكران.

والجواب عنه: أننا لسنا نوقع طلاقه للزوم فرض الصلاة له فنوجب إلحاقه بالنائم وإنما نوقعه لإحدى المعاني الثلاثة: إما لأنه غير معذور والنائم معذور وإما لأنه عاص

يستحق التغليظ والنائم ليس بعاص وغير مستحق للتغليظ، وإما لأنه متهم بإظهار سكره كذباً والنائم غير متهم.

والثاني: أن قال إن كان النائم لا يقع طلاقه لأنه لا يعقل فالسكران لا يعقل.

والجواب عنه: أنه ليس حد السكر عندنا أنه لا يعقل فيصير ملحقاً بالنائم وقد حده الشافعي رضي الله عنه فقال: السكران من عزَب عنه بعض عقله فكان مرة يعقل ومرة لا يعقل.

وقال أبو حنيفة: السكران من لا يعرف الليل من النهار والسماء من الأرض وهذا بعيد أن يوجد في السكر.

وقال الأوزاعي: هو من لا يميز رداءه من أردية الحي.

قال آخرون: هو من يخلط في كلامه، وإذا كانت المذاهب مختلفة في حد السكران وكان المزني مخالفاً فيها لم يكن خلافه حجة له وإن سلم الحد الذي ذكرناه بأن به الفرق بينه وبين النائم.

والثالث: أن استدل بقول الله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فلم يكن [له] صلاة حتى يعلمها ويريدها كذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه ويريده. وعنه جوابان **أحدهما**: فساد الاستدلال بها لأنه جعل وقوع الطلاق معتبراً بصحة الصلاة والشرط فيهما [مختلف] فلم يجز أن يكون أحدهما معتبراً بالآخر لأن الصلاة لا تصح إلا بكمال جميع العقل والتمييز والطلاق لا يسقط إلا بزوال جميع العقل والتمييز، والسكران خارج ممن كمل (جميع) عقله وتمييزه فلذلك لم تصح صلاته وخارج ممن زال جميع عقله وتمييزه فلذلك وقع طلاقه.

والجواب الثاني: أننا نجعلها دليلاً عليه في وقوع طلاقه لأنه خاطبه بالصلاة أمراً بها إذا علم ونهياً عنها إذا جهل عنها والخطاب على وجهين: خطاب مواجهة مختص بالعقل وخطاب إلزام يدخل فيه جميع الأصاغر والمجانين، ولا يخلو هذا الخطاب من أحد أمرين: إما أن يكون في حال السكر فهو مواجهة وإما في غير حال السكر فهو إلزام وعلى أيهما كان لم يخرج منه لسكره.

فصل: والسؤال الرابع: قال المزني: وقال الشافعي: إذا ارتد السكران لم نستتبه في سكره ولم نقتله فيه.

قال المزني: وفي ذلك دليل أن لا حكم لقوله لأنه لا يعقل ما يقول فكذلك هو في الطلاق والظهار لا يعقل ما يقول وهو أحد قوليه في الظهار. وهذا من أوهى

أسئلته: لأن الشافعي قد أثبت ردته في حال سكره وإن منع من استتابته في سكره فصار مؤاخذاً بالردة فوجب أن يكون مؤاخذاً بالطلاق، فأما استتابته ففي تأخيرها إلى صحوه قد اختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أن تأخيرها استحباب واحتياط ولو استتابه في سكره صح، وهذا قول من أجرى عليه حكم الصاحي فيما له وعليه.

والوجه الثاني: أن تأخيرها إلى إفاقته واجب وهذا قول من فرق بين ما له وما عليه لأن الردة عليه فكان مأخوذاً بها والتوبة له فلم تصح منه لأن المقصود بالتوبة زوال الشبهة ووضوح الحق والسكران يعارضه الشبه ويخفي عليه الحق فلذلك ردته ولم تصح توبته معها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ تَرَكَهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُتَظَاهِرٌ وَلاَ إِيْلاَءَ عَلَيْهِ يُوْقَفُ لَهُ لاَ يَكُونَ المُتَظَاهِرُ بِهِ مُولِياً وَلاَ المَوْلَى بِالإِيْلاَءِ مُتَظَاهِراً وَهُوَ مُطِيعٌ لِلَّهِ تَعَالَى بِتَرْكِ الجِمَاعِ فِي الظِّهَارِ عَاصٍ لَهُ لَوْ جَامَعَ قَبْلَ أَنْ يَكْفُرَ وَعَاصٍ بِالإِيْلاَءِ وَسَوَاءٌ كَانَ مُضَارّاً بِتَرْكِ الكَفَّارَةِ أَوْ غَيْرَ مُضَارٍّ إِلاَّ أَنَّهُ يَأْثَمُ بِالضِّرَارِ كَمَا يَأْثَمُ لَوْ آلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ يُرِيدُ ضِرَاراً وَلاَ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الإِيْلاَءِ وَلاَ بِحَالِ حُكْمِ اللَّهِ عَمَّا أَنْزَلَ فِيْهِ».

قال الماوردي: إذا تظاهر من امرأته ولزمته الكفارة بعوده ومنع من إصابتها إلا بتكفيره فأخر الكفارة حتى مضت أربعة أشهر لم يصر مولياً ولم يجر عليه حكم الإيلاء سواء قصد الإضرار بها أو لم يقصد. وقال مالك: إن قصد الإضرار بها من غير ظهار صار مولياً، وكذلك لو ترك إصابتها أربعة أشهر قصد الإضرار بها من غير ظهار صار مولياً استدلالاً بأن المولى قاصد للإضرار بها بالامتناع من إصابتها فكذلك كل زوج قصد الإضرار بالامتناع، وهذا خطأ لأن الإيلاء يمين فلم يثبت حكمها بقصد الإضرار كسائر الأيمان، ولأنه لو كان مولياً بقصد الإضرار لكان مولياً وإن لم يقصده كالحالف، ولأن الظهار والإيلاء متنافيان في الحكم لأن الظهار يمنع من الوطء حتى يكفر وإن وطىء كان عاصياً، والإيلاء يوجب الوطء قبل أن يكفر وإن وطىء كان طائعاً فلم يجز مع تنافي حكمهما أن يتداخلا ولو جاز أن يتداخلا فيصير المتظاهر مولياً لجاز أن يصير المولى متظاهراً وفي فساد هذا العكس دليل على فساد هذا الطرد.

فأما قوله: إن الإيلاء قصد للإضرار فغير صحيح لأن المولى لا يقدر على الإصابة بعد الوقف إلا بأن يلتزم ما ليس بلازم ومن أخر الوطء في الظهار فليس يلتزم إن وطىء ما ليس بلازم فلم يكن مولياً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَظَاهَرَ يُرِيدُ طَلَاقاً كَانَ طَلَاقاً أَوْ طَلَّقَ يُرِيدُ ظِهَاراً كَانَ طَلَاقاً وَهَذِهِ أُصُولٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يكون الظهار طلاقاً بالإرادة ولا الطلاق ظهاراً بالإرادة لأمور منها:

أن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ فلم يجز أن يثبت به الحكم المنسوخ.

ومنها: أن سلمة بن صخر ظاهر من امرأته مريداً للطلاق لأنه لم يعلم بنسخه فأجرى عليه حكم الظهار ولم يوقع عليه بالإرادة حكم الطلاق.

ومنها: أن ما كان صريحاً في التحريم لجنس لم يجز أن يصير كناية في ذلك الجنس في حكم غير ذلك الحكم لتنافي اجتماعهما، ولا يفسد بالعتق حيث جعلناه كناية في الطلاق لأنه لا يكون صريحاً في الحرائر فجاز أن يكون كناية فيهن، ولا يدخل عليه قوله «أنت عليَّ حرام» حيث صار كناية في الطلاق والظهار وإن كان على على أحد القولين صريحاً في وجوب الكفارة لأننا راعينا ما كان صريحاً في التحريم لا في الكفارة وهو غير صريح في التحريم فجاز أن يكون كناية فيه كالعتق جاز أن يكون كناية في الطلاق لاختلاف الجنسين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا ظِهَارَ مِنْ أَمَةٍ وَلَا أُمِّ وَلَدٍ لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ كَمَا قَالَ: ﴿يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فَعَقَلْنَا عَنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِنَا وَإِنَّمَا نِسَاؤُنَا أَزْوَاجُنَا وَلَوْ لَزِمَهَا وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الأَحْكَامِ لَزِمَهَا كُلُّهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ظاهر الرجل من أمته لم يكن مظاهراً وبه قال ابن عمر وهو مذهب أبي حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك يكون مظاهراً وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وبه قال الثوري وأبو ثور استدلالاً بقوله تعالى **﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾** [المجادلة: ٢] وهو بالظهار من الأمة قائل منكراً وزوراً فوجب أن يكون مظاهراً، ولأنها ذات فرج مباح فصح منها الظهار كالحرة، ولأنه لما استوى حكم قوله «أنت علي حرام» في الحرة والأمة فوجب أن يستوي حكم الظهار فيهما.

ودليلنا: مع ما استدل به الشافعي رضي الله عنه أن الظهار كان طلاقاً للزوجات في الجاهلية فنسخ حكمه عنهن وأثبت محله فيهن، ولأن ما أثبت التحريم في الزوجة لم يثبت ذلك التحريم في الأمة كالطلاق، ولأن من لم يلحقها الطلاق لم يلحقها

الظهار كالأجنبية. فأما استدلالهم بأنه قائل منكراً وزوراً فكان مظاهراً.

قلنا: المرتد أبلغ في قول المنكر والزور من المظاهر ولا يصير مظاهراً، وإنما يصير مظاهراً إذا قال منكراً وزوراً بلفظ مخصوص في محل مخصوص فلما روعي خصوص اللفظ وجب أن يراعي خصوص المحل على أن من أصحابنا من قال: أنه لا يكون بذلك في الأمة قائلاً منكراً وزوراً.

وأما قياسهم على الحرة فالمعنى في صحة الظهار منها وقوع الطلاق عليها فخالفتها الأمة. وأما استدلالهم: باستوائهما في لفظ التحريم فالجواب عنه: أن قوله «أنت علي حرام» يجري مجرى اليمين وهما مستويان في الأيمان فكذلك استويا في لفظ التحريم والظهار ملحق بالطلاق المختص بأحدهما فلم يستويا فيه والله أعلم.

بَابُ مَا يَكُونَ ظِهَاراً وَمَا لَا يَكُونَ ظِهَاراً

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «الظِّهَارُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَإِنْ قَالَ أَنْتِ مِنِّي أَوْ أَنْتِ مَعِي كَظَهْرِ أُمِّي وَمَا أَشْبَهَهُ فَهُوَ ظِهَارٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهو الظهار عرفاً واشتقاقاً فإن قال أنت مني أو عندي أو معي كظهر أمي كان مظاهراً، لأن هذه حروف يقوم بعضها مقام بعض فلم يخرج في الظهار عن حكم الصريح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ فرْجُكِ أَوْ رَأْسُكِ أَوْ ظَهْرُكِ أَوْ جِلْدُكِ أَوْ يَدُكِ أَوْ رِجْلُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي كَانَ هَذَا ظِهَاراً».

قال الماوردي: أما قوله: بدنك علي كظهر أمي أو نفسك أو ذاتك عليَّ كظهر أمي كقوله أنت عليَّ كظهر أمي يكون (بها) مظاهراً وهي ألفاظ يعبر بها عن جميع بدنها فصار كقوله أنت عليَّ كظهر أمي. فأما إذا ظاهر من بعض جسدها كقوله فرجك أو رأسك أو يدك أو رجلك أو ظهرك (أو جلدك) عليَّ كظهر أمي كان ظهاراً منها جميعاً كالطلاق إذا أوقعه على بعض جسدها وقع على جميعها وسواء كان العضو الذي ظاهر منه قد تحيا بفقده كالأنف والأذن أو مما لا تحيا بفقده كالرأس والبطن. وعلى قول أبي حنفية لا يكون مظاهراً إلا بالأعضاء التي لا تحيا بفقدها كالطلاق وقد مضى الكلام معه وذكرنا من التفريع عليه ما أقنع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ كَبَدَنِ أُمِّي أَوْ كَرَأْسِ أُمِّي أَوْ كَيَدِهَا كَانَ هَذَا ظِهَاراً لأَنَّ التَلَذُّذَ بِكُلِّ أُمِّهِ مُحَرَّمٌ».

قال الماوردي: وأما معهود الظهار عرفاً وشرعاً فهو أن يقول: أنت علي كظهر أمي فيشبهها بظهر أمه، فإذا شبهها بعضو من أعضاء أمه فقال: أنت علي كرأس أو كبطن أمي أو كيد أمي أو كرجل أمي أو كفرج أمي فالذي نصّ عليه الشافعي أنه يكون بكل ذلك مظاهراً تعليلاً بأن التلذذ بكل أمه محرم كالظهر وهكذا لو شبه عضواً من زوجته

بعضو من أمه فقال: رأسك علي كرأس أمي، أو رجلك علي كرجل أمي أو يديك علي كيد أمي كان مظاهراً هذا هو ظاهر المنصوص ومقتضى التعليل.

وقال الشافعي: فيمن شبه زوجته بغير أمه من النساء المحرمات عليه فقال: أنت علي كظهر أختي أو بنتي قولين:

أحدهما: قاله في الجديد يكون مظاهراً لأنها محرمة عليه كأمة وقال في القديم: لا يكون مظاهراً لأنه عدل عن الأم المنصوص عليها. إلى غيرها، فعلى تعليل هذا القول اختلف قول أصحابنا إذا عدل عن الظهر المنصوص عليه إلى غيره فهل يجيء فيه تخريج هذا القول أنه لا يكون مظاهراً أم لا على وجهين:

أحدهما: يجيء فيه تخريجه ويكون في تشبيه زوجته بغير الظهر من أعضاء أمه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد، يكون مظاهراً لأن التلذذ بجميعها محرم.

والقول الثاني: وهو القديم لا يكون مظاهراً لأنه عدل عن الظهر المنصوص عليه إلى غيره.

والوجه الثاني: أنه لا يحتمل تخريج هذا القول فيه ويكون مظاهراً قولاً واحداً، والفرق بين عدوله عن أمه إلى غيرها وبين عدوله عن ظهر أمه إلى غيره من أعضائها أن حرمة أمه أغلظ في التحريم من غيرها من المحرمات فجاز أن لا يكون مظاهراً في التشبيه بغيرها، وأعضاء أمه في الحرمة سواء فكان مظاهراً في التشبيه بغير ظهرها.

وذكر أبو إسحاق المروزي وجهاً ثالثاً فرّق فيه بين أعضاء أمه فقال: ما كان من أعضاء أمه مخصوصاً بالكرامة والتعظيم وهو كالرأس والثدي لم يكن مظاهراً في التشبيه به فيجعله بقوله: أنت عليّ كرأس أمي أو كثدي أمي غير مظاهر وما كان بخلاف هذا من أعضائها التي لا تقصد بالكرامة وتعظيم الحرمة كان بها مظاهراً، فإن صح هذا التخريج بأنه لا يكون مظاهراً فهل يكون كناية في الظهار يصير به مع النية مظاهراً أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي يكون كناية يصير به مظاهراً إذا نواه لأن النية كالعرف.

والوجه الثاني: وهو ظاهر قول أبي علي بن أبي هريرة لا يكون كناية ولا يصير به مظاهراً وإن نواه كما لا يكون التشبيه بغير أمه كناية ولا يصير به مظاهراً وإن نواه تعليلاً بالعرف والله أعلم.

فصل: وأما إذا قال: أنت علي كبدن أمي كان مظاهراً منها لا يختلف لأن البدن يشتمل على الظهر وغيره فصار التشبيه به أعم. ولو قال: أنت علي كنفس أمي ففيه وجهان:

أحدهما: يكون صريحاً في الظهار يصير به مظاهراً لأن النفس يعبر بها عن الذات فجرى مجرى قوله كبدن أمي.

والوجه الثاني: يكون كناية إن نوى الظهار به كان مظاهراً وإن لم ينوه لم يكن مظاهراً لأنه يحتمل أن يريد به الذات في التحريم ويحتمل أن يريد به الكرامة في التعظيم. ولو قال: أنت علي كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون صريحاً في الظهار كالبدن.

والثاني: يكون كناية فيه لما في ذلك من الاحتمال.

والوجه الثالث: لا يكون صريحاً ولا كناية لأن الروح ليست من الأعيان المرئية التي يتعلق بها حظراً أو إباحة وهذا قول ابن أبي هريرة.

وأما أبو حنيفة فإنه يقول: إذا شبه زوجته بعضو من أمه لا تحيا بفقده كان مظاهراً من زوجته وإن شبهها بعضو من أمه تحيا بفقده لم يكن مظاهراً من زوجته بناء على ما قدمناه من تشبيه عضو من زوجته بأمه والخلاف فيها بناء على الخلاف في الطلاق وقد مضى والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ كَأُمِّي أَوْ مِثْلُ أُمِّي وَأَرَادَ الكَرَامَةَ فَلَا ظِهَارَ وَإِنْ أَرَادَ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ وَإِنْ قَالَ لَا نِيَّةَ لِي فَلَيْسَ بِظِهَارٍ».

قال الماوردي: وهذا من كنايات الظهار أن يقول: أنت علي كأمي أو مثل أمي لأنه يحتمل أن يريد به مثلها في الكرامة، ويحتمل أن يريد به مثلها في التحريم فلأجل هذا الاحتمال جعلناه كناية إن نوى به الظهار كان مظاهراً وإن قال ولا نية [له] لم يكن مظاهراً وجملة الألفاظ في الظهار تنقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما كان صريحاً يكون به مظاهراً نوى به الظهار أو لم ينوه فهو قوله: أنت علي كظهر أمي.

والقسم الثاني: ما يكون كناية يراعي فيه النية وهو قوله: أنت علي مثل أمي.

والقسم الثالث: ما لا يكون صريحاً ولا كناية ولا يقع به الظهار وإن نواه وهو أن يقول: أنت علي كظهر زوجتي هذه أو كظهر أمتي هذه أو كظهر امرأة أجنبية.

والقسم الرابع: ما كان مختلفاً فيه وهو ما قدمناه وينقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما اختلف فيه هل هو صريح أو كناية وهو قوله: أنت علي كنفس أمي وفيه وجهان.

والقسم الثاني: ما اختلف فيه هل هو صريح أو كناية أو ليس بصريح ولا كناية وهو قوله: كزوج أمي وفيه ثلاثة أوجه.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه هل يكون ظهاراً صريحاً أو ليس بظهار صريح ولا كناية وهو قوله: كظهر أختي أو بنتي وفيه قولان.

والقسم الرابع: ما اختلف فيه هل هو من المختلف فيه أم لا وهو قوله كبطن أمي أو كيدها أو رجلها وفيه خلاف بين أصحابنا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ امْرَأَةٍ مُحَرَّمَةٍ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رضَاعٍ قَامَتْ فِي ذَلِكَ مَقَامَ الأُمِّ لأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ قَالَ «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَحِفْظِي وَغَيْرِي عَنْهُ لاَ يَكُونَ مُتَظَاهِراً بِمَنْ كَانَتْ حَلاَلاً فِي حَالٍ ثُمَّ حُرِّمَتْ بِسَبَبٍ كَمَا حُرِّمَتْ نِسَاءُ الآبَاءِ وَحَلاِئِلُ الأَبْنَاءِ بِسَبَبٍ وَهُوَ لاَ يَجْعَلُ هَذَا ظِهَاراً وَلاَ فِي قَوْلِهِ كَظَهْرِ أَبِي».

قال الماوردي: أما الظهار المعهود عرفاً وشرعاً فهو ما ذكرناه من التشبيه بالأم فيقول لزوجته: أنت علي كظهر أمي لقول الله عز وجل ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْكُمْ مِنَ نِسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أَمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللَّلائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مَنْكراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾ [المجادلة: ٢] وكذلك إذا شبه زوجته بجداته كأم الأم أو أم الأب كان مظاهراً، لكن اختلف أصحابنا هل يكون مظاهراً بالنص أو بالقياس على النص على وجهين **أحدهما**: بالنص لأن الجدة تسمى أماً.

والثاني: بالقياس لما فيها من الولادة كالأم. فأما إذا شبه زوجته بمن تحرم عليه من غير أمهاته فذلك ضربان:

أحدهما: من تحرم عليه بنسب.

والثاني: من تحرم عليه بسبب.

فأما المحرمات بالأنساب كالبنت والأخت والخالة والعمة وهذا تحريم أزلي اقترن بوجود العين فإذا شبه زوجته بأحد هؤلاء فقال: أنت علي كظهر ابنتي أو أختي أو خالتي أو عمتي فهل يكون مظاهراً أم لا على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم لا يكون مظاهراً وبه قال أبو حنيفة، لأمرين:

أحدهما: أن الأم أغلظ حرمة فلم يجز أن يساويها غيرها في الحكم.

والثاني: أنه لو أراد بالنص التنبيه لنصّ على الأدنى لينبّه على الأعلى وقد نص على الأعلى وهو الأم فلم يكن فيه تنبيه على الأدنى.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنه يكون مظاهراً لأمرين:

أحدهما: أنه قد صار بهذا التحريم قائلاً منكراً من القول وزوراً كالأم فوجب أن يكون مظاهراً كالتشبيه بالأم.

والثاني: أن معنى التحريم في الأم موجود في غيرها من سائر المحرمات بالأنساب وهو التحريم الأزلي الذي يكفر باستباحته فصار مظاهراً به كالأم.

وأما المحرمات بالأسباب فضربان:

أحدهما: سبب لا يتأبد تحريمه كأخت امرأته وخالتها وعمتها يَحْرُمَن ما كان مقيماً على نكاح امرأته فإذا فارقها حللن له فلا يكون بتشبيه زوجته بواحدة منهن مظاهراً فإذا قال لزوجته: أنت علي كظهر أخت زوجتي، أو كظهر خالتها، أو كظهر عمتها لم يكن مظاهراً لا يختلف لأن ظهر هؤلاء لم يكن حراماً عليه قبل نكاح زوجته ولا يحرمن عليه بعد فراقها فلا يتحقق فيهن التحريم.

والضرب الثاني: سبب يتأبد تحريمه وذلك شيئان الرضاع والمصاهرة وتحريمها على ضربين: أزلي وطارىء فأما الطارىء منهما فهوأن يحدث التحريم بهما بعد أن لم يكن. مثاله في الرضاع: أن ترتضع صبية من لبن أمه بعد ولادته فتصير أختاً محرمة بعد أن لم تكن محرمة. ومثاله في المصاهرة: أن يتزوجها أبوه بعد ولادته أو تكون بنت امرأته أو أم زوجته فتصير محرمة بالمصاهرة بعد أن لم تكن محرمة، فلا يكون مظاهراً إذا شبه زوجته بأحد هؤلاء وكذلك إذا شبهها بامرأة لاعَن منها؛ لأنه تحريم طرأ بعد أن لم يكن فخرج عن حقيقة التحريم في الانتهاء لخروجه عنه في الابتداء.

وأما الأزلي: فمثاله في الرضاع: أن ترتضع صبية من أمه قبل ولادته فلا يوجد إلا والتحريم موجود. ومثاله في المصاهرة: أن يتزوج أبوه امرأة قبل ولادته ثم يولد من غيرها فلا يوجد إلا وتحريمها عليه موجود فيكون في حكم المحرمات بالأنساب، فإن شبه زوجته بواحدة فقال: أنت علي كظهرها هل يكون مظاهراً أم لا على ما ذكرنا من القولين فإذا ورد عليك تحريم رضاع أو مصاهرة فاعتبره بما ذكرنا من طروئه أو أزليته فلا تجعله مظاهراً به إن كان طارئاً واجعله مظاهراً به في أصح القولين إن كان أزلياً، والشافعي وإن أطلق ذكر الرضاع والمصاهرة من غير تفصيل فقد فصله المزني

والربيع عنه وهما أعرف بمراده فلا وجه لمن وهم من أصحاب فسوى بين الأمرين والله أعلم.

فصل: فأما إذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أبي لم يكن مظاهراً لا يختلف فيه المذهب وإن كان ظهره حراماً كالأم.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن ظهر الأم محل الاستمتاع فاختص بتحريم المظاهرة وليس ظهر الأب محلاً له فانتفى عنه تحريم المظاهرة.

والثاني: أن الأم محل للطلاق فاختصت بالظهار وليس الأب محلاً له فلم يتعلق به ظهار والله أعلم.

فصل: ولو قال: أنا عليك كظهر أمك كان كناية إن أراد به الظهار كان مظاهراً وإن لم يرد به لم يكن مظاهراً ويجري مجرى الطلاق في قوله: أنا طالق منك حيث جعلناه كناية وخالف فيه أبو حنيفة.

فصل: وإذا ظاهرت المرأة من زوجها فقالت له: أنت عليّ كظهر أمي لم يصح الظهار منها ولم تلزمها كفارة.

وقال الحسن البصري، والنخعي: تكون مظاهرة منه كالرجل وتلزمها الكفارة بالعود.

وقال الأوزاعي: لا تكون مظاهرة من زوجها فإن قالت ذلك لأجنبي لزمتها الكفارة إذا تزوجته لرواية الشَّعْبي أن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليَّ كظهر أمي ثم سألت عن ذلك فأمرت أن تعتق رقبة وتزوجه وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] فخص الرجال، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فصار معتبراً بالطلاق في الإسلام فلما لم يكن للطلاق من النساء حكم فكذلك لا يكون للظهار منهن حكم.

فأما الخبر فلا دليل فيه؛ لأنه لم يأمرها بالتكفير من قولها ذلك ويجوز أن يكون قد اقترن بظهارها يمين فأمرها بكفارة اليمين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَلْزَمُ الحِنْثُ بِالظِّهَارِ كَمَا يَلْزَمُ بِالطَّلَاقِ».

قال الماوردي: وجملته أن الظهار ملحق بالطلاق فيقع معجَّلاً بأن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي ومؤجَّلاً بأن يقول إذا جاء رأس الشهر فأنت علي كظهر أمي فلا يكون مظاهراً قبل الشهر فإذا جاء رأس الشهر صار مظاهراً، ويقع على صفة أن يقول: أنت علي كظهر أمي إن شئت فإن شاءت في الحال صار مظاهراً وإن لم تشأ في الحال لم يكن مظاهراً، ولو قال إن شاء زيد فمتى شاء زيد على الفور أو التراخي كان مظاهراً وإن لم يشأ فليس بمظاهر، ويقع بأن يحلف به فيحنث مثل قوله: إن كلمت زيداً فأنت عليَّ كظهر أمي فمتى حنث بكلام زيد صار مظاهراً. ويصح فيه الاستثناء بمشيئة الله تعالى فيقول لها: أنت عليَّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى فلا يكون مظاهراً. وذكر الشافعي في القديم فقال: إذا ظاهر فقال إن شاء الله قولين:

أحدهما: لا يقع وهو مذهب في الظهار والطلاق.

والثاني: يقع فاختلف أصحابنا في تخريجه على وجهين:

أحدهما: لا يصح تخريجه له قولاً ثانياً ولا مذهباً معتمداً كما لا يصح تخريجه في الطلاق ويكون محمولاً على الحكاية عن غيره من الفقهاء.

والوجه الثاني: أن تخريجه صحيح وهو قول ثان في القديم أنه يصح ظهاره مع الاستثناء وإن لم يصح طلاقه.

والفرق بينهما: أن جنس الطلاق مباح فجاز أن يرتفع بالاستثناء وجنس الظهار محظور فلم يرتفع بالاستثناء، ومن قال بتخريج هذا القول قال به في تعليق الظهار بشرط أو على صفة، أو إلى أجل أنه لا يتعلق بهما ويقع ناجزاً على هذا القول المخرج في الاستثناء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ إِذَا نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَنَكَحَهَا لَمْ يَكُنْ مُتَظَاهِراً لأَنَّ التَّحْرِيمَ إِنَّمَا يَقَعُ مِنَ النِّسَاءِ عَلَى مَنْ حَلَّ لَهُ وَلاَ مَعْنَى لِلتَّحْرِيمِ فِي المُحَرَّمِ وَيُرْوَى مِثْلُ مَا قُلْتُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ ثُمَّ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَغَيْرِهِمْ وَهُوَ القِيَاسُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأنه لما لم ينعقد طلاق قبل نكاح لم ينعقد ظهار ولا إيلاء قبل نكاح فإذا نكحها لم يكن مظاهراً، ولو ظاهر منها وهي زوجته ثم طلقها عقيب ظهاره من غير عود ثم استأنف نكاحها بعقد ففي عود ظهاره قولان على ما مضى في الطلاق والإيلاء.

ولو قال وتزوجها صغيراً: إذا بلغتُ فأنت عليَّ كظهر أمي لم يكن مظاهراً إذا بلغ لأنه لا حكم لقوله.

ولو قال وهو بالغ وهي صغيرة إذا بلغت فأنت كظهر أمي كان مظاهراً إذا بلغت لأنه عقد الظهار في وقت لو عجّله صح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي يُرِيدُ الظِّهَارَ فَهِيَ طَالِقٌ لأَنَّهُ صَرَّحَ بِالطَّلَاقِ فَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ كَظَهْرِ أُمِّي إِلَّا أَنَّكِ حَرَامٌ بِالطَّلَاقِ كَظَهْرِ أُمِّي».

قال الماوردي: محال فلا معنى له. قد ذكرنا أن الظهار لا يكون كناية في الطلاق والطلاق لا يكون كناية في الظهار وكل واحد منهما صريح في حكمه فإذا كان هكذا وجمع بينهما في زوجة فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقدم الطلاق على الظهار وهو مسألة الكتاب فيقول لها: أنت طالق كظهر أمي طلقت منه بقوله: أنت طالق وأما قوله: كظهر أمي فلا يخلو فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي به أنها تصير عليه بـ«الطلاق» محرمة كظهر أمه فيصير ذلك تفسيراً لحكم الطلاق وتأكيداً لإثباته ولا يكون مظاهراً ولا يصير به آثماً لأنه قصد به تحريم محرمة كما لو قال لأجنبية أنت عليّ كظهر أمي لم يكن آثماً لقصده بتحريم محرمة.

فإن قيل: يقتضي على هذا التعليل إذا قال لزوجته وهي مُحرمة بحج أو عمرة أنت عليَّ كظهر أمي أن لا يكون مظاهراً ولا آثماً قيل: يكون في المحرمة مظاهراً لأن الإحرام لا يخرجها من الزوجية والطلاق يخرجها من الزوجية ولا يحرم بأن يستمتع بالنظر إلى المحرمة ويحرم بأن يستمتع بالنظر إلى المطلقة: فإن قال في المحرمة أنها عليَّ كظهر أمي بالإحرام الطارىء لا بالتحريم المؤبد لم يقبل منه في ظاهر الحكم وديّن فيما بينه وبين الله تعالى لاحتماله.

والقسم الثاني: أن ينوي به أن يكون الطلاق الذي تقدمه ظهاراً فيكون مُطَلِّقاً ولا يكون مظاهراً لأن صريح الطلاق لا يزول عن حكمه بالنية.

والقسم الثالث: أن ينوي به الظهار بانفراده بعد الطلاق المتقدم فينظر فإن كان الطلاق بائناً إما لكونه ثالثاً أو دونها بعوض أو في غير مدخول بها لم يقع الظهار منها كما لا يقع الطلاق عليها، وإن كان رجعياً كان مظاهراً ولم يكن عائداً فإن راجعها في العدة فهل يصير عائداً بنفس الرجعة أو بمضي زمانها بعد الرجعة على ما قدمناه من الوجهين. وإن لم يراجع حتى مضت العدة ثم استأنف العقد عليها ففي عود الظهار في

النكاح الثاني قولان على ما مضى. وإذا عاد في أحد القولين فبماذا يصير عائداً على ما قلناه من الوجهين.

والقسم الرابع: أن يقوله مرسلاً لا ينوي به شيئاً فلا يكون به مظاهراً فإن قوله كظهر أمي كلام مبتوت يخرج عن حكم الصريح حتى يستكمل بقول أنت علي فيصير حينئذ صريحاً وإذا خرج بنقصانه عن حكم الصريح لم يتعلق به مع عدم النية حكم والله أعلم.

فصل: والضرب الثاني: أن يقدم الظهار على الطلاق فيقول: أنت علي كظهر أمي طالق فيكون مظاهراً بقوله الأول: فأما قوله طالق فلا يخلو حاله فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي به أنها تصير بما تقدم من الظهار كالمطلقة فلا تصير بالنية كالمطلقة لأن حكم الظهار مخالف لحكم الطلاق.

والقسم الثاني: أن ينوي به أن يصير الظهار الذي تقدم طلاقاً فيصير ظهاراً ولا يصير بالنية طلاقاً لأن صريح الظهار لا يصير طلاقاً.

والقسم الثالث: أن ينوي به إيقاع الطلاق بعد الظهار فيكون مظاهراً ومُطَلِّقاً ويمنع وقوع الطلاق من أن يصير عائداً.

والقسم الرابع: أن يقوله مرسلاً لا ينوي به شيئاً ففي وقوع الطلاق به وجهان:

أحدهما: لا يقع لأمرين:

أحدهما: أنه مبتوت اللفظ فلم يقع به طلاق.

والثاني: لما روعيت نيته فيه صار كناية لا يتعلق بها مع عدم النية حكم.

والوجه الثاني: أن يقع به الطلاق لأنه من صريح ألفاظه وقد تقدم من المواجهة ما إذا تلفظ بعده بالطلاق صار مضمراً فيه فكأنه قال: أنت كظهر أمي وأنت طالق.

والفرق بين أن يؤخر الظهار فلا يكون مظاهراً مع عدم النية أن ما تركه بتأخير الظهار حرفان:

أحدهما: حرف للمواجهة وهو قوله: أنت،

والثاني: حرف الالتزام وهو قوله عليَّ والذي تركه من الطلاق حرف المواجهة دون الالتزام لعدم ذكره في الطلاق المتقدم والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي يُرِيدُ الطَّلَاقَ فَهُوَ ظِهَارٌ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قوله أنت علي حرام يجوز أن يكون كناية في الطلاق وكناية في الظهار وإن أريد به التحريم أوجب كفارة من غير تحريم، وإن تجرد عن نية فهل يكون صريحاً في وجوب الكفارة أم لا؟ على قولين: فإذا ثبت أن لفظ التحريم يتعلق عليه من الأحكام ما وصفنا وقال لها أنت عليّ حرام كظهر أمي فله في التحريم أربعة أحوال:

أحدها: أن ينوي له الظهار فيكون ظهاراً فكأنه قال أنت عليّ كظهر أمي أنت عليّ كظهر أمي.

والثاني: أن ينوي له الطلاق فمذهب الشافعي المنصوص عليه أن يكون طلاقاً ويجري مجرى قوله أنت طالق كظهر أمي وقال بعض أصحابنا يكون ظهاراً ولا يكون طلاقاً لأنه قد اجتمع فيه قرينتان:

أحدهما: خفية تدل على الطلاق وهي النية.

والأخرى: ظاهرة تدل على الظهار وهي قوله كظهر أمي فوجب تقديم الظاهرة على الخفية وذكر أنه وجده منصوصاً في بعض النسخ وهذا خطأ ووجوده في بعض النسخ سهو لأن لفظ التحريم كناية إذا اقترن بالنية خرج مخرج الصريح فصار كقوله أنت طالق كظهر أمي.

والحالة الثالثة: أن ينوي به تحريم عينها فعلى مذهب الشافعي يجب عليه كفارة يمين لأن التحريم يوجب التكفير وعلى قول من خالفه من أصحابنا يكون ظهاراً.

والحالة الرابعة: ألا يكون له فيه نية فيكون ظهاراً لأنه لما اقترن بقوله كظهر أمي صار ظهاراً فيه محمولاً عليه واعترافه مصروفاً إليه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لأُخْرَى قَدْ أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا أَوْ أَنْتِ شَرِيْكَتَهَا أَوْ أَنْتِ كَهِيَ وَلَمْ يَنْوِ ظِهَاراً لَمْ يَلْزَمْهُ لأَنَّهَا تَكُونُ شَرِيكَتَهَا فِي أَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ أَوْ عَاصِيَةٌ أَوْ مُطِيعَـةٌ لَـهُ».

قال الماوردي: لا يخلو حاله إذا ظاهر من إحدى زوجتيه وقال للأخرى قد أشركتك معها أو أنت مثلها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد به شريكتها في الظهار فيصير به مظاهراً من الثانية كظهاره من الأولى فإن قيل: أفليس لو آلى من أحدهما وقال للأخرى أنت شريكتها يريد في الإيلاء لم يكن مولياً من الثانية فما الفرق بينهما؟ قيل الفرق ما قدمناه من أن الإيلاء يمين لا ينعقد بالإضمار ولا بالكناية والظهار كالطلاق يصح بالكناية والمضمر.

والقسم الثاني: أن يريد به شريكتها في الكرامة أو في الهوان أو مثلها في الطاعة أو المعصية ولا يكون مظاهراً من الثانية لأن كلامه يحتمل ما أراده.

والقسم الثالث: أن يطلق ذلك ولا يكون له إرادة فمذهب الشافعي وما نص عليه في الجديد أنه لا يكون مظاهراً من الثانية لأن اللفظ قد صار باعتبار النية كناية إذا تجرد عن الإرادة لم يتعلق به حكم.

وقال في القديم: يكون مظاهراً من الثانية فاختلف أصحابنا فيه فأثبته بعضهم قولاً ثانياً اعتباراً بالظهار ونفاه الأكثرون ونسبوه إلى الحكاية عن غيره لما قدمنا من التعليل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَالَ فِي كِتَابِ الظِّهَارِ الجَدِيد وَفِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ إِنَّ عَلَيْهِ فِي كُلٍّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ كَمَا يُطَلِّقهُنَّ مَعَاً بِكَلِمَةَ وَاحِدَةٍ وَقَالَ فِي الْكِتَابِ القَدِيم لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَة وَاحِدَةٌ لأَنَّهَا يَمِينُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الكَفَّارَاتِ قال المزني وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوْلَى».

قال الماوردي: لا يخلو ظهاره من الأربعة من أحد أمرين: ـ

أحدهما: أن يفردهن فيه ويظاهر في كل واحدة منهن بقول منفرد فيلزمه في كل واحدة منهن كفارة لا يختلف فيه المذهب.

والثاني: أن يجمعهن في الظهار بكفارة واحدة فيقول لهن: أنتن علي كظهر أمي ففي الكفارة قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم يجب عليه كفارة واحدة لثلاثة أشياء:

أحدها: أن لفظة الظهار واحدة فيتعلق بها كفارة واحدة كالمظاهر من واحدة.

والثاني: أن الظهار يلحق بالإيلاء ومعتبر بالأيمان لقول النبي ﷺ لسلمة بن صخر حين ظاهر: كفر عن يمينك ثم إنه لو آلى من أربع بيمين واحدة أو جمع بين عدد في يمين واحدة لزمه في الحنث كفارة واحدة كذلك إذا ظاهر من الأربعة بكلمة واحدة لزمه كفارة واحدة.

والثالث: أنه لما جاز إذا طلق أربعاً أن يجمع بينهن في رجعة واحدة كذلك ظهاره من الأربع يجزىء عنه كفارة واحدة.

والقول الثاني: وهو الأصح قاله في الجديد والإملاء واختاره المزني وبه قال أبو حنيفة عليه لكل واحدة منهن كفارة فيلزم في الأربع إن عاد منهن أربع كفارات لثلاثة أشياء:

أحدها: أنه متظاهر من أربع فوجب أن يلزمه أربع كفارات كما لو ظاهر منهن منفردات.

والثاني: أنه لما استوى في الطلاق حكم الاجتماع والانفراد في الرجوع والرجعة وجب أن يستوي حكم الظهار في الاجتماع والانفراد، في وجوب الكفارة؛ ولأن كفارة الظهار أوجبت تكفيراً لتحريمه ومأثمه فلما تضاعف مأثمه وتحريمه في الاجتماع على الانفراد وجب أن يتضاعف تكفيره، ومثل هذين القولين في القذف إذا جمع بين عدد بكلمة واحدة فعلى قوله في القديم: يحد لجميعهم حداً واحداً لأن لفظة لقذف واحدة وعلى قوله في الجديد: يحد لكل واحد منهم حداً؛ لأنه مقذوف والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا مِرَاراً يُرِيدُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ ظِهَاراً غَيْرَ الآخَرَ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّر فَعَلَيْهِ بِكُلِّ تَظَاهُرٍ كَفَّارَةٌ كَمَا يَكُونَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ تَطْلِيقَةٍ تَطْلِيقَةٌ وَلَوْ قَالَهَا مُتَتَابِعاً فَقَالَ أَرَدْتُ ظِهَاراً وَاحِداً فَهُوَ وَاحِدٌ كَمَا لَوْ تَابَعَ بِالطَّلاَقِ كَانَ كَطَلَقْةٍ وَاحِدَةٍ».

قال الماوردي: الظهار غير محصور العدد وليس كالطلاق المحصور بثلاث، فإذا ظاهر من امرأته ثم كرر الظهار مراراً فهذا على ضربين: ـ

أحدهما: أن يكون متوالياً فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام: ـ

أحدها: أن يريد بالتكرار التأكيد فيكون ظهاراً واحداً تجب فيه كفارة واحدة فالطلاق إذا كرره تأكيداً كانت طلقة واحدة.

والقسم الثاني: أن يريد به الاستئناف فيكون بكل لفظة منها مظاهراً فإن تقررت خمس مرات كان ظهاره خمساً ولو كرر الطلاق خمساً لم يكن إلا ثلاثاً لما ذكرنا من حصر الطلاق وإن سأل الظهار.

وإذا كان كذلك وقد كرر من ظهارها خمس مرات فمذهب الشافعي وما عليه أكثر أصحابه أنه يكون مظاهراً خمس مرات.

وقال بعض أصحابه الظهار الثاني في زمان عوده من الظهار الأول ولا يكون مظاهراً في وقت العود وكما لا يكون عائداً في وقت الظهار فيصير الثاني عوداً والثالث عوداً ظهاراً ثانياً والرابع عوداً في الثاني الذي كان ثالثاً والخامس ظهاراً ثالثاً وهذا الذي قاله خطأ لأن العود بالزمان والظهار بالقول فلم يقع الفرق في مضي زمان العود بين أن يكون فيه ممسكاً أو متكلماً ولم يقع الفرق في كلام بين أن يكون ظهاراً أو خطاباً، وإذا كان كذلك وصار مظاهراً على مذهب الشافعي وعلى من خالفه من أصحابه ثلاثاً ففيما يلزم من الكفارة قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم: يلزم كفارة واحدة ويتداخل الكفارات بعضها في بعض كالحدود، ووجهه أن ما بعد الظهار الأول لم يفد من التحريم غير ما أفاده الأول فلم يوجب من الكفارة غير ما أوجبه الأول.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد وهو الصحيح لكل ظهار من ذلك كفارة فيلزمه على مذهب الشافعي رحمه الله خمس كفارات وعلى الوجه الآخر ثلاث كفارات ووجه ذلك أنه لما ثبت بما بعد الأول كثبوت الأول اقتضى أن يوجب مثل ما أوجبه الأول.

والقسم الثالث: أن يطلق تكرار ظهاره فلا يريد به تأكيداً ولا استئنافاً فيكون ظهاراً واحداً لا يجب فيه إلا كفارة واحدة حملاً على التأكيد، ولو أطلق تكرار الطلاق كان على قولين: ـ

أحدهما: أن يكون محمولاً على التأكيد ولا يلزم إلا طلقة واحدة كالظهار.

والقول الثاني: يكون محمولاً على الاستئناف فيلزمه ثلاث تطليقات بخلاف الظهار، والفرق بينهما أن الطلاق ينقض الملك فكان التكرار مؤثراً فيه والظهار لا ينقض الملك فلم يؤثر التكرار فيه.

فصل: والضرب الثاني: تكرار الظهار متفرقاً، كأنه ظاهر منها في يوم ثم أعاد الظهار من غده ثم أعاده من بعد غده. فهذا على ثلاثة أقسام أيضاً:

أحدها: أن يريد به التأكيد فيكون تأكيداً كالمتوالي ولا يلزمه إلا كفارة واحدة، ولو كرر الطلاق مفرقاً وأراد به التأكيد لم يكن تأكيداً بخلاف المتوالي.

والفرق بينهما: أن الطلاق مزيل للملك فروعي الولاء في تأكيده والظهار غير مزيل للملك فلم يراع الولاء في تأكيده.

والقسم الثاني: أن يريد به الاستئناف فيكون استئنافاً يستوي فيه الطلاق والظهار فأما الكفارة فإن كان الظهار التالي بعد التكفير عن الظهار الأول لزمه في الثاني كفارة ثانية وكذلك فيما يليه إذا كفر عما قبله، وإن كان قبل تكفيره كما تقدم فعلى ما ذكرنا من القولين: ـ

أحدهما: وهو القديم يلزمه في جميع ذلك كله كفارة واحدة.

والقول الثاني: وهو الجديد: يلزمه في كل ظهار منه كفارة.

والقسم الثالث: أن لا ينوي تأكيداً ولا استئنافاً فينظر فإن كان بعد التكفير عن الأول حمل على الاستئناف، وإن كان قبل التكفير عن الأول فعلى وجهين: ـ

أحدهما: أنه يكون محمولاً على الاستئناف كالطلاق وفيما يلزمه من الكفارة قولان على ما مضى.

والوجه الثاني: أن يحمل على التأكيد بخلاف الطلاق والفرق بينهما ما مضى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِذَا تَظَاهَرت مِنْ فُلاَنَةِ الأَجْنَبِيَّةِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَتَظَاهَرَ مِنَ الأَجْنَبِيَّةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ظِهَارٌ كَمَا لَوْ طَلَّقَ أَجْنَبِيَّةً لَمْ يَكُنْ طَلاَقاً».

قال الماوردي: اعلم أنه إذا علق ظهار زوجته بظهاره من غيرها كقوله لها: إذا تظاهرت من فلانة فأنت علي كظهر أمي لم يخل حال تلك من أمرين: إما أن تكون زوجة أو أجنبية، فإن كانت زوجة له أخرى كرجل له زوجتان حفصة وعمرة. فقال: يا حفصة متى تظاهرت من عمرة فأنت علي كظهر أمي فإذا تظاهر من عمرة صح ظهاره منها بالمواجهة لأنها زوجته وصار مظاهراً من زوجته حفصة بالصفة وعليه لكل واحدة منهما كفارة قولاً واحداً. فإن قيل: فهلا كان عليه في أحد القولين كفارة واحدة كما لو جمع بينهما في الظهار.

قلنا: لأنه في الجمع بينهما مظاهراً منهما بكلمة واحدة فجاز أن يلزمه في أحد القولين كفارة واحدة وهو في هذا الموضع مظاهر منهما بكلمتين فلزمه لهما كفارتان.

وإن كانت تلك الأخرى أجنبية فعلى ضربين: -

أحدهما: أن يذكرها بالاسم ولا يصفها بالأجنبية كقوله: إذا تظاهرت من عمرة فأنت علي كظهر أمي وعمرة أجنبية فلم يتظاهر من عمرة فهو غير متظاهر من زوجته حفصة، وإن تظاهر من عمرة لم يخل أن يتظاهر منها قبل نكاحها أو بعده، فإن تظاهر منها بعد نكاحها صح ظهاره منها لأن الظهار صار منها وهي زوجته فصار مظاهراً من زوجته بالصفة لأنها قد وجدت بالظهار الصحيح في عمرة، وإن تظاهر من عمرة قبل نكاحها كان ظهاره منها فاسداً لأنه يصبح من غير زوجته، وإذا فسد ظهاره منها لم يصر مظاهراً من زوجته حفصة لأنه جعل ظهاره منها مشروطاً بظهاره من عمرة، فإذا فسد ظهار عمرة عدم الشرط المعتبر في ظهار حفصة وكذلك في الطلاق إذا قال لزوجته: إذا طلقت عمرة فأنت طالق لم تطلق عمرة وهي أجنبية ولا زوجته لأن كلامه لعمرة وهي أجنبية ليس بطلاق كذلك الظهار، وإنما كان هكذا لأن الأسماء إذا تعلق بها في الشرع أحكام كان وجود الأحكام مشروطاً في صحة الأسماء، وعدمها دليلاً على فساد تلك الأسماء كاسم البيع والنكاح ويتعلق بهما مع الصحة ويزول عنهما بالفساد فلو قال: أردت بظهاري من عمرة الأجنبية لفظ الظهار في اللغة دون حكمه في الشرع يحمل على

قوله وصار ظهاره من عمرة وإن كانت أجنبية موجباً للظهار من حفصة بوجود الشرط وهو التلفظ بالاسم اللغوي.

فصل: والضرب الثاني: أن يصفها مع ذكر الاسم بالأجنبية فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخرج مخرج الشرط كقوله: إذا تظاهرت من عمرة أجنبية فأنت علي كظهر أمي فقد جعل كونها أجنبية شرطاً في ظهاره منها لأنه حذف الألف واللام الموضوعين للتعريف ونصب على الحال فصار كقوله: إذا تظاهرت من عمرة وهي أجنبية فأنت علي كظهر أمي فمتى تظاهر من عمرة وهي أجنبية لم يصر مظاهراً من زوجته حفصة لأنه متى تظاهر منها بعد نكاحها لم تكن أجنبية وقد شرط أن يكون عند الظهار منها أجنبية فصار الشرط في وقوع الظهار على حفصة معدوماً في الظهار من عمرة.

والضرب الثاني: أن يخرج مخرج التعريف فيقول: إذا تظاهرت من عمرة الأجنبية فأنت يا حفصة علي كظهر أمي، فإن تظاهر من عمرة قبل نكاحها لم يصر مظاهراً لفساد ظهاره من عمرة، وإن تظاهر من عمرة، صح ظهاره منها. وهل يصير مظاهراً من حفصة أم لا. على وجهين:

أحدهما: لا يصير مظاهراً من حفصة تعليلاً بأن دخول الألف واللام في الأجنبية يجعل هذه الصفة فيها شرطاً فإذا تظاهر منها بعد نكاحها لم يوجد الشرط فلم يصر مظاهراً من حفصة، تعليلاً بأن دخول الألف واللام للتعريف دون الشرط، وأصل هذين الوجهين في الأيمان أن يقول: والله لا أكلت هذه البسرة فأكلها رُطباً ولا كلمت هذا الصبي فكلمه شيخاً في حنثه وجهان: ـ

أحدهما: يحنث تعليلاً بإجرائه مجرى الشرط.

والثاني: لا يحنث لأنه بالتعريف أحق. والله أعلم.

بَابُ مَا يُوجِبُ عَلَى المُتَظَاهِرِ الكَفَّارَةَ

كِتَابَيِ الظِّهَارِ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ وَمَا دَخَلَهُ مِنَ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيْفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى والشَّافِعَيِّ رَحْمَةُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ

مسألة: قَالَ **الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا وا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] الآيَةَ قَالَ وَالَّذِي عَقَلْتُ مِمَّا سَمِعْتُ فِي ﴿يَعُودُونَ لِمَا ا﴾ الآيَةَ أَنَّهُ إِذَا أَتَتْ عَلَى المُتَظَاهِرِ مُدَّةٌ بَعْدَ القَوْلِ بِالظِّهَارِ لَمْ يُحَرِّمْهَا بِالطَّلَاقِ الَّذِي رُمُ بِهِ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ كَأَنَّهُمْ يَذْهَبُونَ إِلَى أَنَّهُ إِذَا أَمْسَكَ مَا حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ فَقَدْ عَادَ ا قَالَ فَخَالَفَهُ فَأَحَلَّ مَا حَرَّمَ وَلاَ أَعْلَمُ مَعْنًى أَوْلَى بِهِ مِنْ هَذَا».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في كفارة الظهار على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول مجاهد وسفيان الثوري أنها تجب بلفظ الظهار من غير عود.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة أنها لا تجب بالظهار ولا بالعود ولا يستقر ـتها في الذمة وإنما هي شرط في الاستباحة كالطهارة في صلاة التطوع ليست واجبة يه وإنما هي شرط في فعل الصلاة فإن وطىء قبل التكفير لم يلزمه الظهار وكان شرطاً ، استباحة الوطء الثاني فإن وطىء ثانية لم تجب وكان شرطاً في استباحة الوطء الث كذلك أبداً.

والمذهب الثالث: وهو قول الشافعي وسائر الفقهاء أنها تجب بالظهار والعود جوباً مستقراً. واختلف من قال بهذا في العود على أربعة مذاهب: ـ

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن العود هو أن يمسك عن طلاقها مدة يمكنه فيها طلاق.

والثاني: وهو مذهب داود وأهل الظاهر أنه إعادة الظهار ثانية بعد أولى فيقول: ت علي كظهر أمي أنت علي كظهر أمي.

والثالث: وهو مذهب مالك أنه العزم على الوطء.

والرابع: وهو مذهب الحسن وطاوس والزهري أنه الوطء.

فصل: فأما مجاهد فاستدل على أن الكفارة تجب بالظهار وحده وأن العود فيه

إعادته في الإسلام بعد تقدمه في الجاهلية برواية محمد بن كعب عن عجرة عن خولة بنت ثعلبة أنها كانت تحت أوس بن الصامت وكان به لمم وكان إذا أخذه لممه ذهب ليخرج فتمنعه فيقول: أنت علي كظهر أمي إن لم ترسليني لأجلدنك مائة فنزل فيهما قرآن الظهار واستدل بقوله تعالى ﴿وإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾، فأوجب الكفارة بالمنكر الزور والظهار هو المنكر والزور دون العود، ولأن الله تعالى نهى عن الظهار فكان العود فيه هو فعل المنهى كما قال في جزاء الصيد: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥] يعني إلى فعل ما نهى الله عنه وكما قال في الربا «عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ» فإن عاد يعني إلى ذلك المنهي فينتقم الله منه ولأن الظهار قد كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه إلى ما استقر عليه في الشرع فاقتضى أن يكون حكمه معتبراً بلفظه كالطلاق.

والدليل عليه قول الله تعالى ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فجعل الكفارة واجبة بشرطين:

أحدهما: الظهار والآخر العود فاقتضى أن لا تجب بأحدهما. فإن قيل: فيحمل على العود في الإسلام بعد تقدمه في الجاهلية.

قيل: لا يجوز حمله على هذا من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو كان محمولاً على هذا لذكره بلفظ الماضي دون المستقبل فقال تعالى ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم**﴾ وفي ذكره باللفظ المستقبل دليل على فساد هذا التأويل.

والثاني: أنه لو كان محمولاً على ما ذكروه لما لزمت الكفارة في الظهار إلا لمن جمع فيه بين الجاهلية والإسلام ولبطل حكمه الآن لانقراض من أدرك الجاهلية.

والثالث: أن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن ظهارهما ولم يسلهما عن ظهارهما في الجاهلية ولو كان شرطاً في الوجوب لسألهما، فإن قيل: فما سألهما عن العود فلو كان شرطاً في الوجوب لسأل قيل: العود الإمساك عن الطلاق وقد علم أنهما لم يطلقا فَعُلِم بذلك عودهما. لأن الظهار والإيلاء كانا طلاقاًفي الجاهلية فنقلا في الشرع إلى موجب الكفارة ثم ثبت أن الكفارة في الإيلاء تجب بشرطين اليمين والوطء فوجب أن تكون الكفارة في الظهار بشرطين الظهار والعود. وأما الجواب عن الخبر: فهو أن ليس في تكرار ظهاره دليلاً على تقدمه قبل إسلامه. وأما الجواب عن قوله ﴿وإِنَّهُمْ لِيَقُولُونَ مُنكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾ فهو أن قول الزور من شروط التحريم والكفارة في الآية الأخرى معلقة بشرطين الظهار والعود.

وأما الجواب عن قوله: العود فعل المنهى عنه، فهو أن ذلك غير مسلم بل هو الرجوع، والمنهي عنه هو تحريم الظهار، والرجوع فيه أن يحرمها بالطلاق فكان في هذا دليل على ما قلنا.

وأما الجواب عن استدلالهم بالطلاق: فهو أن الطلاق مطلق والظهار مقيد ولو جاز حمل أحدهما على الآخر كان حمل المطلق على المقيد أولى من حمل المقيد على المطلق وإذا لم يجز هذا كان حمل كل واحد منهما على موجبه أولى.

فصل: وأما داود فاستدل على أن العود إعادة الظهار ثانية بعد أولى بقول الله تعالى ﴿**ثم يعودون لما قالوا**﴾ فتجيء منه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العود إلى الشيء هو فعل مثله كما قال تعالى ﴿**ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه**﴾ [الأنعام: ٢٨] يعني إلى مثل ما نهوا عنه من الشرك فاقتضى أن يكون عود الظهار إعادة مثله.

والثاني: قال «لما قالوا» فاقتضى أن يكون العود قولاً لا إمساكاً كما قلتم ولا فعلاً كما قاله غيركم.

وأما الثالث: فإنه لو أراد العود إلى غير القول لقال «ثم يعودون» كما قال النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قيئه» فلما قال «لما قالوا» دل على أنه إعادة القول، كما قال سبحانه ﴿**الَّذِيْنَ نهوا عَنِ النَّجْوَى ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نهوا عَنْهُ**﴾ [المجادلة: ٨] يعني من قول النجوى.

والدليل عليه قوله تعالى ﴿**يعودون لما قالوا**﴾ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حقيقة العود في الأفعال دون الأقوال يقال: عاد يعود عوداً في الفعل، وأعاد يعيد إعادة في القول، فلو أراد إعادة القول لقال «ثم يعيدون لما قالوا».

والثاني: أن إعادة القول محال كإعادة أمس لأنه لا يتهيأ اجتماع زمانين ولا بد فيه من إضمار، فداود يضمر مثل ما قالوا في التحريم بالقول ونحن نضمر بعض ما قالوه من التحريم بالإمساك، وما قلناه من الإضمار أولى لأن العود في الشيء هو الرجوع عنه دون المقام عليه كما قال ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قيئه».

والثالث: أن العود هو مفارقة الحال التي هو فيها إلى حال كان عليها كما قال الله تعالى ﴿**وإن عدتم عدنا**﴾ [الإسراء: ٨].

وكما قال الشاعر:

.... وإن عاد للإحسان فالعود أحمد[1]

---

(١) ويروى مثله عن مالك بن نويرة. انظر اللسان مادة [عود].

والحال التي هو عليها: تحريم الظهار، والتي كان عليها: إباحة النكاح، فكان حمله على ما ذكرنا من إمساكها على ما كان عليه من الإباحة أولى من حمله على ما هو عليه من إعادة التحريم. ويدل عليه أن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن ظهارهما ولم يسلهما عن إعادته ولو كان عود القول شرط لسأل، ولأن كفارة الظهار معلقة بلفظ وشرط فاقتضى أن يكون الشرط يخالف اللفظ دون إعادته كالإيلاء وسائر الأيمان، ولأن القول الذي تلزم به الأحكام لا يقتضي التكرار كالأيمان.

وأما الجواب عن قولهم: إن العود في الشيء هو فعل مثله فمن وجهين: ـ

أحدهما: ما ذكرنا من أن حقيقة العود الانتقال إلى ما كان عليه دون المقام على ما هو عليه.

والثاني: أن العود إلى مثل ما تقدم من الإباحة دون ما هو عليه من التحريم وأما الجواب عن قولهم: أنه وصف العود بالقول دون الفعل فمن وجهين: ـ

أحدهما: أنه عود إلى القول بنقضه وإبطاله لا بتصحيحه وإثباته فكان ما ذكرنا أشبه.

والثاني: ما ذكره الأخفش أن في الكلام تقديماً وتأخيراً لأن قوله «ثم يعودون». كلام تام وقوله «لما قالوا» عائد إلى تحرير الرقبة ويكون تقدير الكلام «ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا».

وأما الجواب عن قولهم: إنه لو أراد العود إلى غير القول لقال «ثم يعودون فيما قالوا» فمن وجهين:

أحدهما: أنه لو أراد العود إلى القول لقال «ثم يعودون لما قالوا» وسط بين الحقيقتين، فاقتضى أن يحمل العود على تعين الحال الجامعة بين الأمرين كما قال الشاعر: :

تلك المكارم لا قعبان من لبن ... شيبا بماء فعادا بعد أبوالا[1]

(١) البيت من البسيط وهو لأبي الصلت والد أمية في الشعر والشعراء ص (٤٦٩)، والعقد الفريد (٢/ ٢٣) ولأمية في ديوانه ص (٥٢)، وللنابغة الجعدي في ديوانه ص (١١٢)، وللثقفي في شرح المفصل (٨/ ١٠٤).

والجواب الثاني: أن القول هاهنا عبارة عن القول، كما قال الله تعالى: ﴿واعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِيْنَ﴾ [الحجر: ٩٩] أي المتيقَّن، وكقولهم الله رجائي وأملي أي مرجوي ومؤملي، والقول هو التحريم فكان العود الرجوع عنه.

فصل: وأما مالك فاستدل على أن العود هو العزم على الوطء بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يعودون لما قالوا﴾ وثم موضوعة في اللغة للمهلة والتراخي فأوجبت أن يكون بين الظهار والعود زمان ليس بعود فكان حمل العود على العزم الذي بينه وبين الظهار مهلة، ولما روي أن خولة حين شكت إلى رسول الله ﷺ أن أوساً ظاهر منها وقد عزم على وطئها فأوجب الكفارة عليه فدل على أن العزم على الوطء هو العود، ولأنه بالظهار عازم على تحريم الوطء، فاقتضى أن يكون العود فيه العزم على فعل الوطء لأن العود هو الرجوع عن الشيء إلى ضده والدليل عليه قوله تعالى ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ والعود إما أن يكون فعلاً عندنا أو قولاً عند غيرنا، وليس العزم قولاً ولا فعلاً فلم يجز أن يكون عوداً.

ولأن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة فأمره النبيّ ﷺ بالكفارة ولم يسله عن عزمه على الوطء ولو كان العزم شرطاً لسأله:

فإن قيل: فقد روينا أن خولة أخبرته أنه عزم على وطئها فعنه جوابان: -

أحدهما: أن هذه الرواية ما أثبتها أحد من الرواة ولا ما أفصحت به من الشكوى ومضى هذا الذكر.

والثاني: أن الكفارة واجبة على أوس دونها ولو كان وجوبها متعلقاً بالعزم لكان هو مسؤول عنها ولما اكتفى بقولها دونه، ولأنه أمسكها زوجة بعد الظهار مدة يقدر فيها على الطلاق فوجب أن تلزمه الكفارة كالعازم على الوطء، ولأنها كفارة تجب بلفظ وشرط فوجب أن يكون الشرط مخالفة ذلك اللفظ كالأيمان، ولأن العزم وحديث النفس معفو عنه لقول النبيّ ﷺ «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدّثت به أنفسها».

وأما الجواب عن قوله ثم يعودون لما قالوا وأن ذلك وجب للتراخي والمهلة فمن وجهين:

أحدهما: أن ثم قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى ﴿ثُمَّ اللَّهُ شهيد على ما يَفْعَلُونَ﴾ [يونس: ٤٦] ﴿ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا﴾ [التوبة: ١١٨] ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِيْنَ آمَنُوا﴾ [البلد: ١٧] لأنها من حروف الصفات وهي تتعاقب.

والثاني: أننا نستعملها على الحقيقة في التراخي والمهلة لأن عقد النكاح أباح

الإمساك والوطء والظهار حرمهما فالعود هو الرجوع إلى إباحتها فصار متراخياً عن الأول.

وأما الخبر: فقد مضى الجواب عنه.. وأما الجواب عن قوله: أنه بالظهار هو عازم على تحريم الوطء وهو أنه بالظهار محرّم وليس بعازم على التحريم.

فصل: وأما الحسن وطاوس والزهري فاستدلوا على أن العود الوطء بأن سلمة بن صخر وطىء بعد ظهاره فأمره رسول الله ﷺ بالكفارة فاقتضى أن يكون ذكر السبب شرطاً في وجوب التكفير، لما روي أن ماعزاً زنا فرجم وسرق سارق رداء صفوان فقطع، ولأن الظهار والإيلاء تشابها في الجاهلية في كونهما طلاقاً وفي الإسلام في إيجابهما الكفارة ثم ثبت أن الكفارة في الإيلاء تجب بالوطء فكذلك في الظهار، ولأنه بالظهار محرم لوطئها فاقتضى أن يكون العود فيه مخالفته بوطئها. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رقبةٍ مِن قَبْلِ أن يتماسّا﴾ فأوجب الكفارة قبل المسيس فلم يجز أن يكون وجوبها معلقاً بالمسيس ولأن النبي ﷺ أمر أوساً بالكفارة قبل وطئه ولا يجوز أن يأمره بالتزامها قبل وجوبها، ولأنه أمسكها زوجة بعد الظهار مدة يقصر فيها على الطلاق فوجب أن تلزمه الكفارة كالوطء ولأن ما ذكرناه في العود من كونه إمساكاً عن الطلاق أعم الأقوال لأنه يقتضي وجوب الكفارة به وبإعادة القول وبالعزم على الوطء وبالوطء فكان أولى كالعلل يكون الأعم منها أولى من الأخص.

وأما الجواب عن أمره سلمة بن صخر بالكفارة بعد وطئه وهو أن الوطء تال للسبب المنقول وهو الظهار فاحتمل أن يكون الحكم بالتكفير عائداً إليهما، واحتمل أن يكون عائداً إلى الأول منهما، فلما أمر أوساً بالكفارة قبل وطئه دل على تعلق وجوبها بما تقدم وطئه من ظهاره وإمساكه.

وأما الجواب عن التشبيه بالإيلاء فالنص الوارد فيهما يمنع من الجمع بينهما لأنه مأمور بالكفارة في الظهار قبل الوطء والإيلاء بعده فلم يجز الجمع بينهما لأنه مأمور بالكفارة في الظهار.

وأما الجواب عن قولهم إن مخالفة التحريم تكون بالوطء وهو ما قدمناه من أن المخالفة تكون بالإمساك.

فصل: وأما أبو حنيفة فاستدل على أن كفارة الظهار لا تجب في الذمة بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْر رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ فاعتبر في الأمر بها الإصابة، فاقتضى أن لا تجب قبلها ثم قدمها على الإصابة فاقتضى أن لا تجب بها، لأن الوجوب المتعلق بسبب لا يجوز أن يكون قبل وجود السبب، واقتضى أن لا تجب بعد الإصابة لأنه أمر بالتكفير قبلها فامتنع بهذا التنزيل أن يثبت في الذمة.

واستدل على إبطال ما ذكرنا من العود مع ما قدمناه من دلائل المخالفين لنا، بأن العود لو كان هو الإمساك عن طلاقها بعد الظهار لوجب إذا ظاهر من الرجعية أن يصير عائداً إن أمسك عن طلاقها وأن لا يكون مظاهراً لما قد تقدم من طلاقها قال: وأنتم تقولون يكون مظاهراً ولا يكون عائداً فبطل ثبوت ظهاره أن يكون الطلاق رافعاً وبطل بإسقاط عوده أن يكون الإمساك عوداً، قال: ولأن الإمساك بعد الظهار استصحاب له والمستصحب للشيء لا يكون مخالفاً له والمخالف للشيء لا يكون عائداً إليه فبطل أن يكون الإمساك عوداً، قال: ولأن العود إلى الشيء لا يكون إلا بعد المفارقة له والمحل لا يكون مفارقاً فلم يصر عائداً.

والدليل عليه مع ما قدمناه من الدلائل على مخالفينا قوله تعالى ﴿**ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة**﴾ فأوجب الكفارة بالظهار والعود لأنه جعله شرطاً عقبه بالجزاء والجزاء إذا علق بشرط اقتضى وجوبه عند وجود الشرط، ولأن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت بالكفارة قبل وطئه وأمره على الوجوب فدل على ثبوت الكفارة في الذمة قبل الوطء وبعده وأن ليس الوطء شرطاً في الوجوب، ولأن الكفارة المتعلقة بسبب تقتضي الوجوب عند وجود ذلك السبب اعتباراً بسائر الكفارات، ولأنه تكفير بعتق فجاز أن يثبت في الذمة قياساً على الكفارة القتل.

فأما الجواب عن استدلاله بأن الله تعالى علق وجوب الكفارة بالإصابة، فهو أنه علقها بالعود بعد الظهار ومنع الإصابة قبلها فبطل ما فهمته فيه وسقط الاستدلال بها.

وأما الجواب عما ذكره من ظهار الرجعية فهو أن العود عندنا هو الإمساك عن تحريمها بعد الظهار والرجعية محرمة فلم يصر بترك الطلاق عائداً، والظهار يقع عليهما إذا كانت في حكم الزوجية والرجعية تجري عليها أحكام الزوجية فوقع عليها الظهار فلما اختلف عليه الظهار والعود جاز أن يثبت في الرجعة حكم الظهار دون العود.

وأما الجواب عن قوله إن المستديم لا يكون مخالفاً والمخالف لا يكون عائداً، فهو أنه استدام إمساكها والظهار يمنع منه فصار مخالفاً والمخالف يجوز أن يسمى عائداً قال الله تعالى ﴿**أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نَهُوا عَنِ النَّجْوَى ثم يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ**﴾ [المجادلة: ٨].

وأما الجواب عن العود يكون بعد المفارقة، فهو أنه قد يكون العود قبل المفارقة قال الله تعالى ﴿**حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُون الْقَدِيم**﴾ [يس: ٣٩] وأنه عائداً إلى ما قبل الظهار فصار مفارقاً ولولا ما قدمناه مع من تقدم لكان الكلام مع أبي حنيفة أبسط وأطول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَمْكَنَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلَمْ يَفْعَلْ لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ أَوْ مَاتَتْ».

قال الماوردي: اعلم أن الكفارة إذا وجبت عليه بالعود وهو ما ذكرناه من إمساكها بعد الظهار مدة يقدر على تحريمها بعد بطلاق لم تسقط عنه بعد الوجوب بما حدث بعد من طلاق أو لعان إجماعاً ولا بما حدث من قوله أو قولها وقال مالك: إذا مات بعد العود الذي هو عنده العزم على الوطء سقطت الكفارة عنه بعد وجوبها استدلالاً بأن وجوب الكفارة بالعزم على الوطء الصدقة في مناجاة الرسول ﷺ بالعزم على مناجاته، ثم لو وجبت بالعزم سقطت بفوت المناجاة فكذلك كفارة الظهار، وهذا خطأ لأن ما وجب من الكفارات لم يسقط بغير أداء كسائر الكفارات، ولأنه لو فات الوطء بالتحريم لم تسقط به الكفارة كذلك إذا فات بالموت، فأما صدقة المناجاة فمنسوخة الحكم فلم يجز أن يجعل أصلاً لحكم ثابت، على أن صدقة المناجاة قد كان وجوبها بالعزم على المناجاة موقوفاً على فعل المناجاة وجرى تقديمها مجرى تقديم الطهارة على الصلوات وخالف عود الظهار لاستقرار الوجوب به والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال الموت بعد الظهار من أن يكون قبل زمان العود أو بعده، فإن كان بعد زمان العود لم تسقط به الكفارة على ما قدمنا، وإن كان قبل زمان العود وهو أن يموت عقيب ظهاره قبل أن يمضي عليه زمان طلاقها أو تموت الزوجة فلا كفارة عليه لأنه ما أمسكها بعد الظهار ولا قدر على طلاقها بالموت.

فصل: وأما إذا تعقب الظهار ردة، فإن كانت قبل الدخول وقعت بها الفرقة سواء كانت من جهته أو من جهتها وقامت مقام الطلاق البائن في إسقاط العود، وإن كانت بعد الدخول قامت مقام الطلاق الثاني الرجعي في سقوط العود، وكان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة فإن عاد المرتد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة كانا على النكاح وصار عائداً وفيما يصير به عائداً وجهان:

أحدهما: يصير بالإسلام عائداً.

والثاني: أن يمضي بعد الإسلام زمان العود، وإن أسلم المرتد بعد انقضاء العدة بطل النكاح، فإن استأنف نكاحه ففي عود الظهار قولان على ما مضى ثم بماذا يصير عائداً وجهان. والله أعلم.

فصل: ولو تعقب الظهار جنون أو إغماء لم يقدر الزوج فيه على الطلاق صار عائداً لأن الجنون لا يحرم بخلاف الردة، والقصد في العود غير معتبر فلم يؤثر فيه الجنون.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَعْنَى قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ وَقْتٌ لأَنْ يُؤَدِّيَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ قَبْلَ المُمَاسَّةِ حَتَّى يُكَفِّرَ وَكَانَ هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ عُقُوبَةً مُكَفِّرَةً لِقَوْلِ الزُّورِ».

قال الماوردي: وأما تحريم وطئها قبل التكفير فمأخوذ من النص قال الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ فجعل الوطء غاية لوقت التكفير ولم يجعله موجباً للكفارة.

وقال الشافعي: فكان هذا عقوبة مكفرة لقول الزور لأنه قد أثم به فكفر عن مأثمه، فلو أنه وطيء قبل الكفارة كان عاصياً بوطئه كمعصيته بالوطء في إحرام أو حيض ولا تسقط الكفارة عنه ولا تتضاعف عليه. قال عمرو بن العاص ومنتصر بن دوست ومجاهد تتضاعف عليه فتلزمه كفارات. وقال سعيد بن جبير والزهري تسقط الكفارة وكلا القولين مخالف للنص والقياس لأن رسول الله ﷺ أمر سلمة بن صخر البياضي وقد وطيء في ظهاره قبل التكفير أن يكفر كفارة واحدة فلم يسقطها ولم يضعفها فكان نصاً يبطل به القولين. ولأن الكفارة عبارة مؤقتة كالصلاة والصيام فلم يكن فوات وقتها مبطلاً لها ولا موجباً لمضاعفتها كالصلاة والصيام والله أعلم.

فصل: فأما تعجيل كفارة الظهار قبل وجوبها، فإن كان مكفراً بالصوم لم يجز لأن عبادات الأبدان لا يجوز تقديمها قبل الوجوب، وإن كفر بالعتق أو الإطعام فإن كان قبل الظهار والعود لم يجزه لأن حقوق الأموال إذا تعلق وجوبها بشرطين لم يجز تقديمها قبل وجود أحدهما وإن كان بعد الظهار وقبل العود وذلك بأن يطلقها عقيب ظهاره ثم يكفر قبل مراجعتها ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز تعجيلها لوجود أحد شروطها كتعجيل الزكاة بعد النصاب وقبل الحول وكتعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث.

والوجه الثاني: لا يجوز تعجيلها مع وجود أحد الشرطين، لأن الثاني منهما محظور فصار بالتعجيل متهيأ لارتكاب المحظور وهكذا القول في تعجيل الكفارة باليمين قبل الحنث إذا كان الحنث معصية.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا مُنِعَ الجِمَاعُ أَحْبَبْتُ أَنْ يُمْنَعَ القُبَلُ وَالتَّلَذُّذُ احْتِيَاطاً حَتَّى يُكَفِّرَ فَإِنْ مَسَّ لَمْ تَبْطُلِ الكَفَارَةُ كَمَا يُقَالُ لَهُ أَدِّ الصَّلَاةَ فِي وَقْتِ كَذَا وَقَبْلَ وَقْتِ كَذَا فَيَذْهَبُ الوَقْتُ فَيُؤَدِّيهَا بَعْدَ الوَقْتِ لأَنَّهَا فَرْضٌ».

قال الماوردي: أما وطء المظاهر قبل التكفير فقد ذكرنا تحريمه بالنص

والإجماع، وأما ما سواه من الاستمتاع كالقبلة والملامسة والتلذذ بما دون الفرج ففي تحريمه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا وفي كتاب الأم أن اجتنابه احتياط وفعله غير محرم لأنه قال أحببت أن يمنع القبلة والتلذذ احتياطاً ووجهه قول الله تعالى ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ والمس في عرف الشرع عبارة عن الوطء كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأن تحريم الوطء في الحيض والصوم لا يوجب تحريمَ التلذذ بما سواه كذلك في الظهار لبقاء النفعية واستباحة الدواعي من الطيب وغيره وهذا قول أبي حنيفة:

والقول الثاني: وهو ظاهر كلامه في القديم أنه يحرم عليه التلذذ بما دون الفرج كما يحرم عليه الوطء في الفرج، لأنه قال في القديم رأيت أن يمنع القبل والتلذذ وكان ظاهر هذا الكلام يوجب التحريم ووجهه قول الله تعالى ﴿مِنَ قبل أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ وحقيقة المس التقاء البشرتين ولأنه بالظهار قد جعل تحريمها عليه كتحريم أمه وكل الاستمتاع بأمه حرام وكذلك في الظهار، ولأنها مباشرة فوجب أن تحرم على المظاهر كالوطء، ولأنه لفظ يوقع تحريمها في الزوجة فوجب أن يمنع من الوطء وتوابعه كالإحرام والطلاق الرجعي والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَصَابَهَا وَقَدْ كَفَّرَ بِالصَّوْمِ فِي لَيْلِ الصَّوْمِ لَمْ يَنْتَقِضْ صَوْمُهُ وَمَضَى عَلَى الْكَفَّارَةِ وَلَوْ كَانَ صَوْمُهُ يَنْتَقِضُ بِالجِمَاعِ لَمْ تُجْزِئْهُ الكَفَّارَةُ بَعْدَ الجِمَاعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كفر المظاهر بالصيام لزمه صوم شهرين متتابعين قبل الوطء كالعتق وهو نص قال الله تعالى ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] فإن وطىء في نهار الصوم عامداً بطل صومه وتتابعه واستأنف صوم شهرين متتابعين بعد وطئه، وإن وطىء في نهار الصوم ناسياً لم يبطل صومه ولا تتابعه، وإن وطىء في ليل الصوم ناسياً أو عامداً لم يبطل الصوم ولا التتابع وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن يبطل تتابع الصوم في الوطء في الليل ويبطل بوطئه ناسياً في النهار، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ ومنها دليلان:

أحدهما: أنه نهى عن الوطء فيه وقبله والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

والثاني: أنه أمر بصيام شهرين ليس قبلهما مسيس ويمكنه أن يأتي بصوم شهرين

ليس فيهما مسيس فوجب أن يلزمه العدول إلى ما أمكنه وإن سقط عنه ما لم يمكنه لأن العجز عن أحد الأمرين لا يوجب سقوطهما معاً، قالوا: ولأنه وطء في شهري صيام الظهار فوجب أن يبطل التتابع كالوطء عمداً بالنهار، قالوا: ولأنه تحريم وطء لا يختص بزمان فاستوى حكمه بالليل والنهار كالاعتكاف.

ودليلنا: قول الله تعالى ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنَ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ فاقتضى الظاهر أن يأتي بصيام شهرين ليس قبلهما ولا فيهما مسيس وهو ليس يقدر على ذلك بعد وطئه فكان البناء أقرب إلى الظاهر من الاستئناف، لأن صوم شهرين أحدهما قبل المسيس والآخر بعده أقرب إلى الواجب من صوم شهرين هما جميعاً بعد المسيس، فكان استدلال الشافعي بها من هذا الوجه لا من جهة النص فيتوجه احتجاج الكرخي في الاستدلال بها، ولأنه وطء لم يبطل به الصوم فلم يبطل به التتابع كوطء غير المظاهر منها وكالوطء في ليل صيام كفارة القتل. فإن قيل فوطء المظاهر محرم ليلاً ونهاراً فجاز أن يبطل به التتابع بالليل كما يبطل به في النهار كتحريمه فيهما وليس كذلك الوطء في ليل الصوم في كفارة القتل لأنه غير محرم ولا وطء غير المظاهر منها لأنه ليس بمحرم فكان التحريم علة في إبطال التتابع فلم يصح القياس. قيل: ما لم يبطل التتابع بمباحه لم يبطل بمحظوره كالزنا وما أبطل التتابع بمحظوره بطل بمباحه كالأكل في نهار الصوم لشدة المجاعة خوفاً من التلف يبطل صومه وتتابعه، وإن فعل مباحاً كما لو أكل من غير خوف وفعل محظور وإذا بطل تعليله بالحظر والإباحة كان تعليل التتابع بصحة الصوم وفساده أولى فصح القياس على كل واحد من الأصلين.

وقياس ثان: هو أنه وطء في أثناء تكفير فجاز أن لا يبطل به التكفير كالإطعام.

وقياس ثالث: وهو أن الإتيان بما يضاد الصوم إذا وقع ليلاً لم يؤثر في حكم الصوم كالأكل.

واستدلال رابع: وهو أن هذا الصوم مشروط بشرطين التتابع وأن يكون قبل المسيس، فالتتابع صفة في المؤدي وقبل المسيس صفة في الأداء كالصلاة علقت بشرطين الوقت والترتيب وإن ثبت الفعل ثم كان عدم الوقت أو بعضه لا يسقط حكم الترتيب كذا الصوم هاهنا.

فأما الجواب عن استدلالهم من الآية بأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه فهو أن المنهى عنه هو الوطء وهو فاسد حرام.

وأما الجواب عن استدلالهم منها بأنه يقدر على صوم شهرين ليس بينهما مسيس فهو أن ما ذكرناه أولى لأنه في البناء يأتي بأحد الشهرين قبل المعصية وبالثاني قضاء بعد المعصية.

وأما الجواب عن قياسهم على وطء النهار فالمعنى فيه أن الوطء لما أبطل الصوم أبطل التتابع ووطء الليل لما لم يبطل الصوم لم يبطل التتابع. وأما الجواب عن قياسهم على الاعتكاف فالمعنى فيه أن وطء الليل صادق زمان العبادة فأشبه وطء النهار وليس كذلك في الصوم؛ لأن وطء الليل لم يصادف زمان العبادة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَظَاهَرَ وَأَتْبَعَ الظِّهَارُ طَلَاقاً تَحِلَّ فِيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ أَوْ لَا يَمْلِكُهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَلَوْ طَلَّقَهَا سَاعَةَ نَكَحَهَا لِأَنَّ مُرَاجَعَتَهُ إِيَّاهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ أَكْثَرُ مِنْ حَبْسِهَا بَعْدَ الظِّهَارِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا خِلَافٌ، أَصْلُهُ كُلُّ نِكَاحٍ جَدِيدٍ لَمْ يَعْمَلْ فِيْهِ طَلَاقٌ وَلَا ظِهَارٌ إِلَّا جَدِيدٌ وقد قال فِي هَذَا الكِتَابِ لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ اتَّبَعهَا طَلَاقاً لَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةُ ثُمَّ نَكَحَهَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ لِأَنَّ هَذَا مِلْكٌ غَيْرِ الأَوَّلِ الَّذِي كَانَ فِيْهِ الظِّهَارُ وَلَوْ جَازَ أَنْ يُظَاهِرَ مِنْهَا فَيَعُودَ عَلَيْهِ الظِّهَارُ إِذَا نَكَحَهَا جَازَ ذَلِكَ بَعْدَ ثَلَاثٍ وَزَوْجٍ غَيْرِهِ وَهَكَذَا الإِيْلَاءُ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ وَأَوْلَى بِقَوْلِهِ وَالقِيَاسُ أَنَّ كُلَّ حُكْمٍ كَانَ فِي مِلْكٍ فَإِذَا زَالَ ذَلِكَ مَا فِيْهِ مِنْ الْحُكْمِ فَلَمَّا زَالَ ذَلِكَ النِّكَاحُ زَالَ مَا فِيْهِ مِنَ الظِّهَارِ وَالإِيْلَاءِ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن المظاهر إذا طلق عقيب ظهاره لم يكن عائداً ولا كفارة عليه لأن العود بما ذكرناه من إمساكها بعد الظهار مدة يمكنه فيها الطلاق وهو بالطلاق غير ممسك سواء كان رجعياً أو بائناً لأنها تحرم عليه بالطلاقين معاً فلا تجب عليه الكفارة وإذا كان ذلك كذلك فإن كان الطلاق رجعياً فراجعها في العدة فالظهار بحاله ويصير عائداً فيه تجب الكفارة عليه وبماذا يصير عائداً فيه قولان:

أحدهما: قاله هاهنا وفي كتاب الأم يكون عائداً بنفس الرجعة، وإن اتبع الرجعة طلاقاً لم تسقط الكفارة لأنه لما صار بإمساكه عن الطلاق عائداً فأولى أن يصير بالرجعة المنافية للطلاق عائداً.

والقول الثاني: نص عليه في الإملاء أنه لا يكون عائداً بالرجعة حتى يمضي بعدها زمان العود بالإمساك عن الطلاق مدة يقدر فيها على الطلاق، فإن اتبع الرجعة طلاقاً لم يكن عائداً وإنما كان كذلك لأن الرجعة تراد للرد إلى الزوجية والعود هو إمساكها على الزوجية وذلك لا يكون إلا بعد الرجعة والله أعلم.

فصل: وإن كان الطلاق بائناً أو رجعياً فلم يراجع حتى انقضت العدة سقط الظهار في هذا النكاح، فإن نكحها بعقد مستجد كان عود الظهار فيه معتبراً بالطلاق الذي

تقدمه، فإن كان ثلاثاً فعلى قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم أن الظهار لا يعود.

والقول الثاني: في القديم أن الظهار يعود، وإن كان دون الثلاث فعلى قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد أن الظهار يعود، وعلى القول الثاني في الجديد أن الظهار لا يعود وإن قلنا: إن الظهار لا يعود لم تلزمه كفارة، وإن قلنا: بعود الظهار فبماذا يصير عائداً؟ فيه وجهان تخرجا من القولين:

أحدهما: يصير عائداً بعقد النكاح فإن اتبع النكاح طلاقاً لم تسقط الكفارة.

والوجه الثاني: يصير عائداً بمضي زمان العود بعد النكاح وإن اتبع النكاح طلاقاً لم تجب الكفارة. فأما المزني فإنه اختار أن لا يعود الظهار في النكاح الثاني وهو أحد القولين وتكلم عليه وقد مضى الكلام معه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قال وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ لَاعَنْهَا مَكَانَهُ بِلَا فَصْلٍ سَقَطَ الظِّهَارُ وَلَوْ كَانَ حَبَسَهَا قَدْرَ مَا يُمْكِنُهُ اللِّعَانُ فَلَمْ يُلَاعِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ».

قال الماوردي: أما إذا لاعن المظاهر بعد أن مضى عليه زمان العود فقد وجبت عليه الكفارة ولا تسقط عنه باللعان كما لا تسقط عنه بالموت وإن شرع في اللعان قبل مضي زمان العود فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد قذف بالزنا ودخل في اللعان فأتى بالشهادات وبقيت اللعنة الخامسة، فقال لها: أنت علي كظهر أمي ثم عقبها باللعنة الخامسة الموجبة للتحريم فلا يكون عائداً لأن تحريم الخامسة الموجبة للتحريم أغلظ من تحريمها بالطلاق الثلاث لأنها توجب التحريم المؤبد.

والقسم الثاني: أن يكون قد قذفها بالزنا ثم ظاهر منها ثم عقبه باللعان فأخذ في الشهادات الأربع ثم باللعنة الخامسة ففي عوده وجهان:

أحدهما: أنه يكون عائداً فتلزمه الكفارة لأنها لا تحرم عليه إلا باللعنة الخامسة والشهادات الأربع لا تحرم فكان أخذه فيها شروعاً في غير التحريم فلذلك صار عائداً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا أنه لا يكون عائداً فلا تجب عليه الكفارة لأن تحريم اللعان لا يقع باللعنة الخامسة إلا بعد الشهادات

الأربع فصار أخذه فيها شروعاً في التحريم ولأنه بأخذه في الشهادات الأربع كالمطول شروعه في التحريم وهذا لا يمنع سقوط العود، كمن قال لها بعد العود أنت يا فلانة بنت فلان بن فلان الفلاني طالق فأطال ذكر الاسم بالنسب كان كمن اقتصر فقال: أنت طالق في سقوط العود كذلك هذا.

والقسم الثالث: أن يقدم الظهار ثم يعقبه بالقذف ثم يعقبه بالتوجه إلى الحاكم والشروع في اللعان فالمذهب أنه يكون عائداً يجب عليه الكفارة لأن قذفها بالزنا ليس من ألفاظ التحريم ولا من جملة اللعان فصار عائداً. وقال بعض أصحابنا لا يكون عائداً ولا تجب عليه الكفارة تعليلاً بأن اللعان لا يصح إلا بقذف فصار القذف من أسباب اللعان، وكذلك التوجه إلى الحاكم في المطالبة باللعان وزعم أنه وجد للمزني في جامعه الكبير عن الشافعي رحمه الله أنه قال: وسواء تقدم الظهار القذف أو تقدم القذف الظهار، وقد أنكر أبو إسحاق المروزي أن يكون ذلك في الجامع الكبير فإن كان في بعض النسخ فيجوز أن يكون سواء بين من يقدم الظهار على القذف وبين من يقدم القذف على الظهار في ثبوت العود لا في سقوطه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المزني** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «قَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا يَوْماً فَلَمْ يُصِبْهَا حَتَّى انْقَضَى لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَمَا لَوْ آلَى فَسَقَطَتْ اليَمِينُ سَقَطَ عَنْهُ حُكْمَ اليَمِينُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ أَصْلُ قَوْلِهِ إِنَّ المتَظَاهِرَ إِذَا حَبَسَ امْرَأَتَهُ مُدَّةً يُمْكِنُهُ الطَّلَاقُ فَلَمْ يُطَلِّقْهَا فِيهَا فَقَدْ عَادَ وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَقَدْ حَبَسَهَا هَذَا بَعْدَ التَّظَاهُرِ يَوْماً يُمْكِنُهُ الطَّلَاقُ فِيهِ فَتَرَكَهُ فَعَادَ إِلَى اسْتِحْلَالِ مَا حَرَّمَ فَالكَفَّارَةُ لَازِمَةٌ لَهُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَكَذَا قَالَ لَوْ مَاتَ أَوْ مَاتَتْ بَعْدَ الظِّهَارِ وَأَمْكَنَ الطَّلَاقُ فَلَمْ يُطَلِّقْ فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن الظهار ضربان: مطلق ومقيد.

فالمطلق: أن يقول: أنت علي كظهر أمي ولا يقدر ذلك بمدة والعود فيه بما ذكرنا من إمساكها بعد الظهار مدة يقدر فيها على الطلاق. فأما المقيد فهو أن يقول: أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة ولا يطلقه على التأبيد ففي كونه مظاهراً قولان:

أحدهما: لا يكون مظاهراً وبه قال مالك رحمه الله لأن تحريم الظهار يقتضي التأبيد كالأم فإذا قدره بمدة يخرج بالتقدير من حكم الظهار وصار كمن شبه امرأته بمن

حرمت عليه في مدة ولا يكون مظاهراً جمعاً بين تأقيت المدة المشبه بها فعلى هذا لا يراعى فيه العود لسقوط الظهار.

فأما الكفارة: فإن لم يطأ حتى مضت المدة فلا كفارة عليه، وإن وطىء في المدة ففي وجوب الكفارة وجهان:

أحدهما: عليه كفارة يمين على ظاهر ما قاله في هذا الموضع ويصير بخروجه من الظهار محرماً لها بغير ظهار فلزمته الكفارة كالإيلاء.

والوجه الثاني: وهو أصح لا كفارة عليه لأن لفظ التحريم موجب للكفارة في الحال من غير أن يتعلق بالوطء والإيلاء يمين وهذا غير حالف، ويكون قول الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى عليه الكفارة محمولاً على أنه جمع بين الإيلاء وهذا الظهار فعاد جوابه إلى الإيلاء دون الظهار وهذا قول أبي الطيب بن سلمة.

فصل: والقول الثاني: أنه يكون مظاهراً بالمؤقت كما يكون مظاهراً بالمطلق المؤبد وهذا أصح القولين لأن الظهار كالطلاق ثم ثبت أنه لو قال لها: أنت طالق شهراً صار طلاقه مؤبداً كذلك إذا ظاهر منها شهراً صار مؤبداً فيستوي تقدير المدة وتأبيدها في الظهار كما يستوي في الطلاق فيفرق تقدير التحريم وتأبيده في المشبه بها في الظهار والفرق بينهما: أن الوقت إذا دخل في الظهار وقد قابله التأبيد في المشبه بها فصار مظاهراً لتحقيقه التشبيه، وإذا دخل الوقت في المشبه بها لم يصر مظاهراً لأنه لا حقيقة لتحريم التشبيه فعلى هذا يصير عائداً بأن يطأ في المدة فإن لم يطأ حتى انقضت المدة فليس بعائد ولا كفارة عليه على ظاهر ما نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، فيكون الفرق بين الظهار المطلق، والمقيد في العود: فيكون العود في الظهار المطلق إمساكها من غير طلاق والظهار المقيد وطئها في مدة الظهار، والفرق بين العودين فيهما: أن للمقيد غاية فجاز أن يكون الإمساك توقعاً لانقضائها فلذلك لم يصر عوداً وليس للمطلق فكان الإمساك منافياً لها ولذلك صار عوداً.

والوجه الثاني: وهو قول المزني واختيار أكثر أصحابنا أن يكون عائداً فيه بالإمساك كعوده في الظهار المطلق لأن ما أوجب الكفارة لم يختلف صفتها بالتقييد والإطلاق كسائر الكفارات.

وأجاب قائل هذا الوجه عما ذكره الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى أنه أراد عقد الظهار بالوطء في مدة مقدرة كأنه قال: إن وطئتك في هذا اليوم فأنت علي كظهر أمي فإن لم يطأها فيه لم يصر مظاهراً فلم تلزمه كفارة وإن وطئها صار مظاهراً ولزمته الكفارة إذا مضى عليه زمان العود وإن لم يطأ حتى مضى لم يصر مظاهراً فلم

تلزمه الكفارة وإنما حمل ظاهر كلام الشافعي رحمه الله على هذا الإضمار لما ذكره المزني في علة العود والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَظَاهَرَ وَآلَى قِيلَ إِنْ وُطِئَتْ قَبْلَ الكَفَّارَةِ خَرَجَتْ مِنَ الإِيْلَاءِ وَأَثِمَتْ وَإِنْ انْقَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَقَفَتْ فَإِنْ قُلْتَ أَنَا أَعْتِقُ أَوْ أُطْعِمُ لَمْ نُمْهِلْكَ أَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُكَ اليَوْمَ وَمَا أَشْبَهَهُ وَإِنْ قُلْتَ أَصُومُ قِيلَ إِنَّمَا أُمِرْتَ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ بِأَنْ تَفِيءَ أَوْ تُطَلِّقَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ لَكَ سَنَةً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا جمع بين الظهار والإيلاء ثبت حكمهما فإن قَدَّم الظهار وعاد فيه ثم آلى صار بعد الظهار مولياً ولا يمنع تحريم الظهار من ثبوت الإيلاء لأنها بعد الظهار زوجته وإن حرمت عليه وتكون مدة الإيلاء من وقت يمينه وإن كانت محرمة عليه بالظهار لأن تحريمها سبب من جهته فصار كتحريمها بإحرامه، وإن قدم الإيلاء ثم عقبه الظهار ثبت ظهاره وصار عائداً فيه ولا يمنع عقد اليمين في الإيلاء من ثبوت الظهار بعدُ لأنها بعد الإيلاء زوجته كهي قبل ويكون زمان الظهار محسوباً عليه في مدة التربص كما ذكرنا فإن كفر عن ظهاره في مدة التربص بعتق أو إطعام أو صوم شهرين أجزأه وسقط بالتكفير حكم الظهار وصار بعد مدة التربص كمولٍ غير مظاهر، وإن لم يكفر عن الظهار حتى انقضت مدة التربص فقد اجتمع عليه أمران متنافيان:

أحدهما: موجب للوطء قبل أن يكفر وهو الإيلاء.

والثاني: مانع من الوطء حتى يكفر وهو الظهار فإن سأل أن يمهل في الإيلاء حتى يكفر عن الظهار نظر فإن كان ممن يكفر بالعتق أو الإطعام أمهل مدة يقدر فيها على العتق والإطعام كاليوم ونحوه لأن زمانه قريب يجوز الإنظار لمثله، فإن كان ممن يكفر بالصيام لم يمهل لأنه صوم شهرين إذا ضما إلى أربعة التربص صارت المدة ستة أشهر فمنع منه لمخالفة النص وطولب بحكم الإيلاء، فإن طلق فيه خرج بالطلاق عن حق الإيلاء وكان على ظهاره وإن أراد الوطء فيه أفتيناه بأن الظهار قد حرَّم عليه الوطء قبل التكفير عنه. وهل يجب على المرأة منع نفسها منه أم لا على وجهين:

أحدهما: لا يجب عليها منع نفسها منه وعليها تمكينه من نفسها إذا دعاها لأنه تحريم يختص به دونها فعلى هذا إن مكنته سقط حقها فكان الإثم عليه دونها، وإن منعته سقطت مطالبتها كما لو منعته من غير ظهار.

والوجه الثاني: يجب عليها منع نفسها منه ويحرم عليها تمكينه إذا دعاها لأن التحريم وإن كان من جهته فهو عائد عليها ويختص بها كالرجعة فصار التحريم متوجهاً إليها فعلى هذا لا يسقط حقها من المطالبة بخلاف الرجعية لأن الرجعية جارية في فسخ

وهذه بالظهار غير جارية في فسخ، فهل يتحتم بتحريم الوطء عليه طلاقها ويتعين؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يتعين عليه الطلاق ويتحتم لأنه إذا كان مخيراً بين شيئين فعجز عن أحدهما تعين عليه الآخر كالكفارات فعلى هذا إن طلَّق طوعاً وإلا طلَّق الحاكم عليه جبراً قولاً واحداً.

والوجه الثاني: لا يتعين عليه الطلاق لأن عجزه عن الوطء بالتحريم كعجزه عنه بالمرض ثم لا يتعين عليه الطلاق في المرض كذلك لا يتعين عليه مع الظهار فعلى هذا يكون مخيراً بين الطلاق وبين أن يفيء بالإيلاء غير معذور ثم يؤخذ بالتكفير عن ظهاره ولا يمهل فيه مع المهلة منه، فإذا كفر زال عذره ولزمه أن يفيء بالإصابة فيء معذور كالمريض إذا صح والله أعلم.

باب عتق المؤمنة في الظهار من كتابين قديم وجديد

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الظِّهَارِ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾(قال) فَإِذَا كَانَ وَاجِداً لَهَا أَوْ لِثَمِنِهَا لَمْ يُجْزِئْهُ غَيْرُهَا».

قال الماوردي: الكفارة في الظهار ذات أبدال مرتبة وهي عتق لمن قدر عليها فإن عجز عنها فصيام شهرين متتابعين لمن استطاع فإن عجز عنه أطعم ستين مسكيناً وهو نص القرآن قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ إلى قوله ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٣، ٤].

فإذا ثبت ترتيب البدل لم يكن العدول إليه إلا بعد (عدم) المُبْدَل. فمتى كان واجداً للرقبة أعتق ولم يصم، وإن كان عادماً لها واجداً لثمنها كان كالواجد لها في المنع من الصوم لأمرين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ والقادر على الثمن منسوب إلى الوجود كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾، فكان الواجد لثمن الماء في حكم الواجد للماء.

والثاني: أن حقوق الأموال إذا تعلقت بالذمم كان الواجد لأثمانها في حكم الواجد لها في استحقاق فرضها كما قال تعالى ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾، فكان الواجد لثمن الهدي في حكم الواجد للهدي في أن لا يجوز له الانتقال إلى الصوم، وكما تقول أن الواجد لصداق الحرة في حكم من تحته حرة في أن لا يجوز له نكاح الأمة. فإن قيل: فإن وجب عليه في الزكاة ابنة مخاض وهو واجد لثمنها جاز له الانتقال إلى ابن لبون ولم يكن الواجد لثمنها كالواجد لها.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: من طريق النص وهو أن النبي ﷺ قال «فإن لم تكن ابنة مخاض فابن

لبون ذكر» فراعى وجود ابنة المخاض في المال فإذا لم تكن فيه وُجد شرط البدل فجاز العدول إليه، قال الله تعالى في عتق الظهار ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ فلم يراع مالاً دون مال فسوينا بين العين والثمن.

والثاني: من طريق المعنى وهو أن زكاة المال في العين فراعينا وجود العين دون الثمن والكفارة في الذمة فسوينا بين وجود العين والثمن.

فصل: فإذا تقرر أن وجود الثمن كوجود الرقبة في المنع من الصوم فكان ما يملكه من الثمن غائباً عنه لم يكن له الصوم وانتظر بالعتق قدوم ماله، ولو كان ما يملكه المتمتع من ثمن دم الهدي غائباً عنه جاز له الصوم والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن محل هدي المتمتع معين فروعي وجوده قبله في ملكه.

والثاني: أن زمان الصوم في التمتع معين فروعي وجود الهدي قبله، وزمان الصوم في الظهار غير معين فروعي وجود الرقبة على الإطلاق. فلو وجد المظاهر الثمن ولم يجد الرقبة انتظر وجودها ولم يصم، ولو وجد المتمتع الثمن ولم يجد الهدي فيه وجهان:

أحدهما: ينتظر القدرة على ابتياعها ولا يصوم كالمتظاهر.

والوجه الثاني: يعدل إلى الصوم ولا ينتظر بخلاف المتظاهر والفرق بينهما ما ذكرناه من تعيين زمان الصوم فيه وعدم تعيينه في الظهار، فلو لم يجد المتظاهر الرقبة إلا بأكثر من ثمنها لم يلزمه الشراء ولم يجز له الصوم، ولو لم يجد المتمتع الهدي إلا بأكثر من ثمنه لم يلزمه الشراء وفي إجزاء الصوم وجهان على ما ذكرنا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَشَرَطَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي رَقَبَةِ القَتْلِ مُؤْمِنَةً كَمَا شَرَطَ العَدْلَ فِي الشَّهَادَةِ وَأَطْلَقَ الشُّهُودِ فِي مَوَاضِعَ فَاسْتَدْلَلْنَا عَلَى أَنَّ مَا أُطْلِقَ عَلَى مَعْنَى مَا شَرَطَ وَإِنَّمَا رَدَّ اللَّهُ تَعَالَى أَمْوَالَ المُسْلِمِيْنَ عَلَى المُسْلِمِينَ لاَ عَلَى المُشْرِكِيْنَ وَفَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى الصَّدَقَاتِ فَلَمْ تَجُزْ إِلاَّ لِلْمُؤْمِنِيْنَ فَكَذَلِكَ مَا فَرَضَ اللَّهُ مِنَ الرِّقَابِ فَلاَ يَجُوزُ إِلاَّ مِنَ المُؤْمِنِيْنَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.. لا يجوز أن يعتق في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة وكذلك في كل عتق في كل كفارة حتى قال الشافعي رحمه الله في عتق النذر المطلق أنه لا يجوز إلا مؤمنة، وبمذهبه في الكفارات قال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق، وقال أبو حنيفة تجوز في عتق الظهار وسائر الكفارات سوى القتل عتق

الكافرة الكتابية سوى الوثنية وهو قول سفيان الثوري والنخعي وعطاء استدلالاً بقوله تعالى فتحرير رقبة فكان الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: إطلاقها المقتضي ما وقع عليه الاسم من غير تخصيص.

والثاني: أن اشتراط الإيمان زيادة على النص والزيادة على النص تكون نسخ ونسخ القرآن لا يكون إلا بالقرآن أو بأخبار التواتر ومن طريق المعنى أنهم قالوا أنها رقبة تامة في عتقها قربة فوجب أن تجري في كل كفارة الظهار كالمؤمنة فاحترزوا في قولهم تامة من ذوات النقض وبقولهم في عتقها قربة من الوثنية لأنه لا قربة في عتقها قالوا ولأن الكفر معنى يجب به القتل فوجب ألا يمنع من العتق في كفارة الظهار كعتق العبد القاتل قالوا ولأن الكفر معصية في الدين فلم يمنع من أنها جزاء في كفارة الظهار كالمعتق.

ودليلنا: قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾ فاستدل الشافعي فيها بأن لسان العرب وعرف خطابهم يقتضي حمل المطلق على المقيد إذا كان من جنسه فحمل عرف الشرع على مقتضى لسانهم وقد قيد الله تعالى كفارة القتل بالإيمان والمطلق كفارة الظهار فوجب أن يحمل مطلقها على ما قيد من كفارة القتل كما قيد الشهادة بالعدالة كقوله: ﴿وأشهدواذوي عدل منكم﴾ وأطلقها في قوله واستشهدوا شاهدين من رجالكم فحمل منه المطلق على المقيد في اشتراط العدالة كذلك الكفارة فذهب أكثر أصحاب الشافعي إلى موافقته في حمل المطلق على المقيد بعرف اللسان إذا جمع شرطين أحدهما أن يكون الحكم في الموضعين واحداً وإن كان مختلفاً لم يحمل.

والثاني: أن لا يكون للمطلق إلا أصل واحد فإن كان من أصلين مختلفين لم يجز إطلاقه على أحدهما بعرف اللسان إلا بدليل لم يوجب حمله عليه. فإن قيل: هذا أصل فاسد وطريقه غير مستمر من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن الله تعالى ذكر الإطعام في كفارة الظهار ولم يذكره في كفارة القتل وأطلقه فلم يحمل هذا المطلق على ذلك المقيد في دخول الإطعام في كفارة القتل كما دخل في كفارة الظهار.

والثاني: أنه شَرَط التتابع في صيام الظهار وأطلقه في صيام الكفارة ثم لم يحملوا إطلاقه على ذلك المقيد في استحقاق التتابع.

والثالث: أن الله تعالى أوجب في الوضوء غسل أربعة أعضاء واقتصر في التيمم منها على عضوين وقد أجمع المسلمون على أن إطلاق التيمم لا يحمل على تقييد الوضوء فيستحق فيهما تطهير الأعضاء الأربعة.

والجواب عنه: أن الأصل الذي قررناه مستمر فليس يفسر بما ذكروه أما الإطعام في كفارة القتل ففيه قولان:

أحدهما: أنه يدخل في كفارة القتل فعلى هذا يسقط الاعتراض به.

والثاني: لا يدخل ولا يفسد به هذا الأصل لأنه إنما يحمل المطلق على المقيد في الصفة إذا كان الحكم واجباً. فأما في إثبات أصل الحكم فلا وهذا إنما هو إثبات حكم لا صفة. وأما صيام كفارة اليمين ففي استحقاق تتابعه قولان:

أحدهما: مستحق فعلى هذا يسقط الاعتراض به.

والثاني: أنه غير مستحق ولا يفسد به الأصل لأننا نحمل المطلق على المقيد إذا لم يتنازعه أصلان، والصوم في كفارة اليمين بين أصلين:

أحدهما: يوجب التتابع وهو صوم الظهار.

والثاني: يوجب التفرقة وهو صوم التمتع وليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر فَتُرِكَ على إطلاقه فكان مخيراً فيه بين تتابعه وتفرقته كما فعل مثله في قضاء رمضان لما أطلق وهو بين هذين الأصلين حمل على إطلاقه في التخيير بين تتابعه وتفرقته.

وأما التيمم فلم يحمل إطلاقه على تقييد الوضوء لما فيه من إثبات حكم لم يذكر وحمل المطلق إنما يختص بالصفة ولذلك حملنا إطلاق اليدين في التيمم على المرافق لتقييد ذلك في الوضوء فصار الأصل به مستمراً، وخالف أبو علي بن أبي هريرة الشافعي وسائر أصحابه فقال: أحمل المطلق على المقيد من طريق المعنى لا بموجب اللسان ومقتضى اللغة، وهذا لقلة معرفته بلسان العرب وموضوع كلامهم لأنهم تارة يكررون الكلمة للتأكيد وتارة يحذفونها للإيجاز وتارة يسقطون بعضها للترخيم وتارة يتركون الصفة إذا تقدم لها ذكر كالشهادة وتارة ينبه بالأدنى على الأعلى وتارة بالأعلى على الأدنى، فمن عرف هذه المواضع في كلامهم لم ينكر حمل المطلق على المقيد من طريق اللسان دون المعنى، وإن كان المعنى في الكفارة يوجبه على ما سنذكره. ويدل على ذلك من طريق السنة ما رواه محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنّ محمد بن الشريد أتى النبي ﷺ ومعه جارية سوداء فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها رقبة أفتجزىء هذه عنها فقال لها رسول الله ﷺ: «أين ربك؟» فأشارت إلى السماء فقال: من نبيك؟ فأشارت إليه فقال: «أعتقها فإنها مؤمنة» .ورُوي : «فإنها تجزيك» فكان الدليل في هذا الخبر من وجهين:

أحدهما: اعتبار الإيمان ولو لم يكن شرطاً لما اعتبره.

والثاني: تعليقه بالإجزاء فإن قيل: إنما اعتبر الإيمان وعلقه بالإجزاء لأن في الرواية أنه قال: عليَّ رقبة مؤمنة. روى سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رجلاً أتى بجارية فقال: يا رسول الله عليَّ عتق رقبة مؤمنة أفأعتق هذه فقال لها: «أتشهدين أن لا إله إلا الله وأنني رسول الله» قالت: نعم قال: «تصومين» قالت: نعم قال: «أعتقها فإنها مؤمنة» وقالوا هذه زيادة فكان الأخذ بها أولى. وعن هذا جوابان:

أحدهما: أن الزيادة أولى إذا كان الخبر واحداً وهذان خبران في قضيتين مختلفتين.

والثاني: يجوز أن يكون قوله: «عليَّ رقبة مؤمنة» لعلمه بأن العتق في الرقاب لا يجزىء فيه إلا عتق المؤمنة فصار بالدلالة عليه أشبه لأنه لم ينقل في الحديث أنه من نذر ولا قتل. ويدل على ذلك من طريق المعنى: أنه تكفير بعتق فوجب أن يكون من شرطه الإيمان كالعتق في كفارة القتل، ولأن كل عتق لا يجزىء في كفارة الظهار كالمعصية ولأنها منقوصة بالكفر لم تجز في كفارة القتل فلا تجزىء في كفارة الظهار كالوثنية. ويدل على ذلك من طريق الاستدلال ثلاثة أشياء:

أحدها: ما ذكره الشافعي أن الله تعالى فرض في أموالنا حقوق الزكوات والكفارات فلما لم يجز وضع الزكاة إلا في المسلمين دون المشركين لأن أبا حنيفة وافقنا عليه وخالفنا في زكاة الفطر كذلك لا يجوز وضع الكفارات بالعتق إلا في المسلمين دون المشركين.

والثاني: أن الله تعالى أباح استرقاق المشركين إذلالاً وصَغاراً وأمر بالعتق في الكفارة إيجاباً على وجه القربة برفع الذل والاسترقاق فلم يجز أن يكون المأمور برفع استرقاقه قربة هو المأذون في استرقاقه مذلة.

والثالث: أن عتق الكفارة ثبت على التأبيد والكافر لا يتأبد لأنه قد يجوز أن ينقض العهد ويلحق بدار الحرب ثم يسبأ فيسرق وهذا لا يتصور في عتق المسلم فلذلك أجزأ عتق المسلم لأنه متأبد ولم يجز عتق الكافر لأنه غير متأبد. فأما الآية فالجواب عن تعلقهم بعموم إطلاقها تخصيصها بما ذكرنا والجواب عن تعلقهم منها: بأن الزيادة على النص نسخ فمن وجهين:

أحدهما: أن الزيادة على حكم النص بدليل قام عليه لا يكون نسخاً.

والثاني: أنه تخصيص بعض ما شمله العموم وإخراج بعضه فصار نقصاً لا زيادة، وإنما صار تخصيصاً لأمرين:

أحدهما: أن العموم يقتضي عتق الكافرة والمؤمنة واشتراط الإيمان يخرج منه عتق الكافرة.

والثاني: جواز استثناء الكافرة منه فنقول فتحرير رقبة مؤمنة لا أن تكون كافرة فبان أنه تخصيص وليس بزيادة.

وأما الجواب عن قياسهم على المؤمنة والقاتلة والفاسقة وهو أن المعنى فيهم جواز عتقهم في كفارة القتل فلذلك أجزأ في الظهار والكافرة لا تجزىء في كفارة القتل فلم تجزىء في كفارة الظهار والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ أَعْجَمِيَّةً وَصَفَتِ الإِسْلَامَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ ولم يفرق بين الأعجمية والعربية ولحديث أبي هريرة في اختبار إيمان السوداء بالإشارة وكانت أعجمية ولأن الإيمان يثبت باللفظ الأعجمي كما يثبت باللفظ العربي لأنهما يعبران عن الاعتقاد فاستويا فيه كالإقرار والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْتَقَ صَبِيَّةً أَحَدُ أَبَوَيْهَا مُؤْمِنٌ أَجْزَأَ».

قال الماوردي: أما إسلام الأبوين معاً فهو إسلام لصغار أولادهما إجماعاً قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ آمَنُوا وَأَتْبَعْنَاهُمْ ذُرِّيَّاتهم بِإِيْمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَاتِهِمْ﴾ [الطور: ٢١] وروي عن النبي ﷺ أنه قال «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه كما تُنَاتَج الإبل من بهيمه جمعاء هل تحس من جدعاء» فأما إذا أسلم أحد الأبوين فقد اختلف الفقهاء هل يكون إسلاماً لصغار أولاده أم لا على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب عطاء أنه لا يكون مسلماً حتى يسلم أبواه معاً.

والثاني: وهو مذهب مالك أنه يكون مسلماً بإسلام أبيه ولا يكون مسلماً بإسلام أمه.

والثالث: وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء أنه يكون مسلماً بإسلام كل واحد منهما أباً أو أماً وفي قوله تعالى: ﴿وَأَتْبَعْنَاهُمْ ذُرِّيَّاتِهِمْ﴾ [الطور: ٢١] والأولاد من ذرية الأم كما (هم) من ذرية الأب قال الله تعالى ﴿وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [آل عمران: ٣٦]. وقال الله تعالى ﴿وَمِنْ ذُرِّيَتِهِ﴾ إلى قوله ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيْسَى﴾ [الأنعام: ٨٤، ٨٥] وهو ولد بنت، ولقول النبي ﷺ «فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» فجعله ببقائها على اليهودية يهودياً فدل على أنه لا يكون

بانفراد أحدهما يهودياً لقول النبي ﷺ «الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه» فإذا اختلف دين الأبوين غلب دين الإسلام لعلوه على سائر الأديان، ولأنها لو أسلمت والولد حمل صار مسلماً بإسلامها فكذلك إذا أسلمت بعد وضعه وقبل بلوغه، فإن قالوا: إذا كان حملاً وهو متصل بها يجري مجرى أبعاضها فلم يتميز عن جملتها فإذا انفصل تميز ويختص بحكمه كما يتبعها في البيع إذا كان حملاً ولا يتبعها إذا كان منفصلاً، فلما كان بإتباعه في الدين يصح بعد الانفصال وقبله كما لو أسلم أبواه وإتباعه في البيع لا يصح بعد الانفصال كما لو بيع أبواه فلم يجز الجمع بينهما، ولأن البعضية في الأم متحققة وفي الأب مظنونة فلما صار بإسلام الأب مسلماً فأولى أن يصير بإسلام الأم مسلماً.

فإن قيل: لأنه يتبع أباه في النسب وفي الحرية وعقد الصلح فيتبعه في الإسلام بخلاف الأم. قيل: هذا الاعتبار يفسد بإسلامها وهو حمل ثم قد يعتبر بأمه دون أبيه في الحرية والرق ولا يقتضي أن يكون لها فضل مزية على الأب لاشتراكهما في البعضية كذلك في الإسلام.

فصل: فإذا ثبت أنها تصير مسلمة بإسلام الأبوين جاز عتقها وهي صغيرة. وقال أحمد: لا يجوز عتقها إلا بعد بلوغها.

وقال مالك: لا يجوز عتقها إلا بعد أن تصلي وتصوم بعد البلوغ واستدل أحمد بأمرين:

أحدهما: أنه لما يقبل في دية الجنين إلا بالغ لم يعتق في الكفارة إلا بالغ.

والثاني: أن الصغر كالزمانة لاستيلاء العجز عليه وعتق الزَّمِن لا يجزىء في الكفارة كذلك عتق الصغير.

وأما مالك: فاستدل بأن إسلامه قبل الصلاة والصيام مظنون وبعده متحقق ـ ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ ولم يفرق ولأنها رقبة مسلمة سليمة فجاز عتقها كالكبيرة ولأن عتق الصغير أطول في الحرية مقاماً فكانت بالعتق أولى أن يفك من أسر الرق من الكبير فكانت بالعتق في الكفارة أولى. ولأن عتق الكفارة مواساة والصغير أحق بالمواساة من الكبير.

وأما الجواب عن الاستدلال بدية الجنين فمن وجهين ظاهر ومعنى.

أما الظاهر: فهو أن الشرع فرق بينهما في إطلاق الرقبة في الكفارة وتقييده في الدية بغرة عبد أو أمة.

وأما المعنى: فهو أنها في الدية قيمة متلف فلم يجز إلا أن تكون معلومة وفي الكفارة مواساة فجاز أن تكون مجهولة.

وأما الجواب عن قولهم: إن الصغر كالزمانة فهو أن نقص الزمانة لا يزول ونقص الصغر يزول.

وأما الجواب عن قول مالك إن إسلامها مجهول مظنون فهو أن إسلام الصائم المصلي مظنون لجواز أن يبطن الردة، وعلى أنه وإن كان مظنوناً فهو يساوي المتيقن في القصاص إذا قتله مسلم فكذلك في الكفارة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ خَرْسَاءَ جِبِلِّيَّة تعْقِلُ الإِشَارَةَ بِالإِيْمَانِ أَجْزَأَتْهُ وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لاَ يعْتِقَهَا إِلاَّ أَنْ تَتَكَلَّم بِالإِيْمَانِ».

قال الماوردي: وأما الأخرس إذا حكم بإيمانه تبعاً لأحد أبويه فعتقه في الكفارة جائز ولا يمنع خرسه من إجزاء عتقه لأنه عيب لا يضر بالعمل إضراراً بيّناً. وكذلك الأصم فإن اجتمع الخرس والصم لم يجز في عتق الكفارة لأن اجتماعهما مضر بالعمل إضراراً بيناً. فأما الخرساء الجِبِلِّية التي لم تتبع أحد أبويها في الإسلام فإذا وصفت الإسلام بالإشارة بعد البلوغ وكانت مفهومة الإشارة صح إسلامها وأجزأ عتقها لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ اختبر إسلام السوداء بالإشارة، ولأن إشارة الخرساء في سائر الأحكام تقوم مقام النطق فكذلك في الإسلام.

فصل: فإذا تقرر أن إسلامها معتبر بالإشارة فقد نقل المزني أنه إذا أعتقها بعد الإشارة بالإسلام أجزأته.

وروى الربيع في كتاب «الأم» إذا أشارت بالإسلام وصلّت جاز عتقها فاختلف أصحابنا فيما رواه الربيع من صلاتها بعد الإشارة هل يكون شرطاً في جواز العتق أم لا على وجهين:

أحدهما: أنها توكيد وليست شرطاً على ما نقله المزني لأن رسول الله ﷺ اقتصر من الأعجمية على الإشارة بالإسلام دون الصلاة.

والوجه الثاني: أن صلاة الأخرس شرط في صحة إسلامه بالإشارة وحمل إطلاق المزني على تفسير الربيع لأن الإشارة استدلال يختص بالأخرس، والصلاة فقد اشترك فيها الناطق والأخرس فإذا أمكن اختبار إسلامه بما يشتركان فيه لم يجز الاختصار على ما يختص به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ سُبِيتْ صَبِيَّةٌ مَعَ أَبَوَيْهَا كَافِرَيْنِ فَعَقَلَتْ

وَوَصَفْتِ الإِسْلاَمَ وَصَلَّتْ إِلاَّ أَنَّهَا لَمْ تَبْلُغْ لَمْ تَجْزِئْهُ حَتَّى تَصِفَ الإِسْلاَمِ بَعْدَ البُلُوغِ».

قال الماوردي: وأما إذا سبيت الصبية أو الصبي مع أبويهما أو مع أحدهما فلا اعتبار لحكم السابي وهي معتبرة الدين بمن سبي معها من أبويها، وإن أسلم أحد أبويها المُسْبى معها كان إسلاماً لها وأجزأ عتقها في الكفارة. وإن لم يسلم واحد منهما فهي على حكم الكفر سواء كان السابي لها مسلماً أو كافراً، فإن وصفت الإسلام بعد بلوغها حكم بإسلامها وجاز عتقها، وإن وصفت الإسلام قبل بلوغها وصلَّت نظر فإن كان ذلك قبل تمييزها وعقلها ما تقول وتفعل لم يكن ذلك إسلاماً منها إجماعاً، وإن كان بعد التمييز والعقل فيما تقول وتفعل كالمراهقة فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه لا يصح من غير البالغ إسلام كما لا يصح منه ارتداد لارتفاع القلم.

وقال أبو سعيد الاصطخري من أصحابنا: يصح إسلامه قبل البلوغ إذا عقل ما يقول وميز ما يفعل وبه قال أبو حنيفة ولا تصح منه الردة وفرقا بينهما لأن إسلام غير البالغ يصح تبعاً لأبويه وردة غير البالغ لا تصح تبعاً لأبويه فلا يصح تبعه. وقال بعض أصحابنا واختاره الداركي أنه يكون مسلماً في الظاهر ويكون إسلامه في الباطن موقوفاً على بلوغه فإن أقام على إسلامه بعد البلوغ ثبت إسلامه ظاهراً وباطناً وإن أظهر الشرك لم يقبل في الظاهر وكان مقبولاً في الباطن. والكلام مع أبي حنيفة في هذه المسألة يأتي من بعد، فعلى هذا لو أعتقه قبل بلوغه وبعد وصفه الإسلام لم يجزه على مذهب الشافعي وأجزأه على مذهب الاصطخري وأبي حنيفة وكان موقوفاً على الوجه الثالث فإن أقام على إسلامه بعد بلوغه أجزأه عتقه لأنه قد صح إسلامه، ظاهره وباطنه وإن أظهر الشرك لم يجزه لأنه قد زال إسلامه ظاهره وباطنه وإن مات قبل أن يصف أحد الأمرين أجزأه في الظاهر ولم يجزه في الباطن.

فصل: فأما إذا سبي الطفل دون أبويه فالظاهر من مذهب الشافعي أنه معتبر بحكم سابيه ويصير مسلماً بإسلامه لأن الطفل تبع لغيره فإذا لم يتبع أبويه لانفراده عنهما صار تبعاً لسابيه لاختصاصه بملكه فعلى هذا يجزىء عتقه في الكفارة.

وقال بعض أصحابنا: لا يكون تبعاً للسابي لأن عدم البعضية لا ينقل حكمه إلى مالك الرق كالمشتري فعلى هذا لا يجزىء عتقه في الكفارة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَوَصْفُهَا الإِسْلاَمَ أَنْ تَشْهَدَ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّه وَأَنَّ مُحَمَّداً رَسُولُ اللَّهِ وَتَبْرَأَ مِنْ كُلِّ دِينٍ خَالَفَ الإِسْلاَمَ وَأُحِبُّ لَوِ امْتَحَنَهَا بِالإِقْرَارِ بِالبَعْثِ بَعْدَ المَوْتِ وَمَا أَشْبَهَهُ».

قال الماوردي: المعتبر في وصف الإسلام بثلاثة أشياء:

أحدها: الإقرار بالشهادتين.

والثاني: البراءة من كل دين خالف الإسلام.

والثالث: الاعتبار بالبعث والنشور.

فأما الشهادتان فهو قوله أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وهذا شرط في إسلامه لا يصح إلا به لأن رسول الله ﷺ أخذه على كل من أخذ عليه الإسلام.

وأما البراءة من كل دين خالف الإسلام فقد اختلف أصحابنا فيه هل هو شرط لا يصح الإسلام إلا به أم لا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه استحباب وليس بشرط واجب لأن براءته من سائر الأديان من موجبات الإسلام فلم يكن شرطاً في ثبوته كالصلاة والصيام.

والوجه الثاني: أنه شرط واجب لا يصير مسلماً إلا به ليزول الاحتمال عن شهادته، لما روي أن رجلاً من اليهود أتى في جماعة من أصحابه إلى رسول الله ﷺ فسأله عن أمور من معالم الدين فأخبره بها فقال: أشهد أنك نبي محق فقال له ولمن معه: ما منعكم أن تبايعوني فقال: نخاف أن يقتلنا يهود لأن داود دعا أن يجعل الله النبوة في ولده فلم يجر عليه رسول الله ﷺ حكم الإسلام مع الاعتراف بنبوته وأنه قد كان يشهد بأن لا إله إلا الله لأنه لم يبرأ من دينه فدل على أن البراءة من كل دين خالف دين الإسلام شرط في ثبوت الإسلام.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد المَروَروذِي أنه شرط في الإسلام لمن زعم أن محمداً نبي مبعوث إلى إسماعيل دون إسحاق وهذا بعض قول اليهود، وفي إسلام من زعم أنه ليس بنبي، فإن كان من الطائفة الأولى لم يصح إسلامه بالشهادتين إلا بالبراءة من كل دين خالف الإسلام، وإن كان من الطائفة الأخرى صح إسلامه بالشهادتين وإن لم يتبرأ من كل دين خالف دين الإسلام وأما الإقرار بالبعث والنشور والجنة والنار والثواب والعذاب فكل ذلك استحباب وليس بشرط واجب لأن إقراره بصدق رسول الله ﷺ على نبوته يتضمن اعترافه بجميع ذلك لأنه في جملة تصديقه والله أعلم.

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لاَ يُجْزِىءُ فِي رَقَبَةٍ وَاجِبَةٍ رَقَبَةٌ تُشْتَرَى بِشَرْطِ أَنْ تُعْتَقَ لأَنَّ ذَلِكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا».

قال الماوردي: في البيع بشرط العتق ثلاثة أقاويل ذكرناها في كتاب البيوع.

أحدهما: وهو قياس مذهبه وبه قال أبو حنيفة أن البيع باطل وإن أعتقه لم ينفذ عتقه ويخالف أبو حنيفة في نفوذ عتقه مع بطلان بيعه.

والقول الثاني: أن البيع جائز والشرط لازم وهو المنصوص عليه في أكثر المواضع ويؤخذ بعتقه جزاء بالشرط ولا يجزيه عن الكفارة لاستحقاقه بغيرها.

والقول الثالث: حكاه أبو ثور وبه قال ابن أبي ليلى أن البيع جائز والشرط باطل ولا يجبر على عتقه لكن إن امتنع من عتقه كان للبائع الخيار في فسخ البيع، فعلى هذا لو أعتقه عن كفارته ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: يجزىء لأنه لا يستحق عتقه بغير الكفارة فأجزأ عن العتق كغيره من العبيد.

والوجه الثاني: لا يجزىء وهو الأصح لأمرين:

أحدهما: أن الاشتراط في عتقه ثابت في فسخ البائع إن لم يعتق فصار مستحقاً.

والثاني: أن الشرط قل أو كثر من ثمنه فصار نقصاً وقد ذكرنا توجيه الأقاويل في كتاب البيوع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُجْزِىءُ فِيهَا مُكَاتَبٌ أَدَّى مِنْ نُجُومِهِ شَيْئاً أَوْ لَمْ يُؤَدِّهِ لأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ بَيْعِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. عتق المكاتب واقع ولا يجزىء عن الكفارة وبه قال مالك والأوزاعي. وقال أبو حنيفة وصاحباه يجزىء عتقه عن الكفارة إن لم يؤد شيئاً من نجومه ولا يجزىء إن أداه استدلالاً بقول الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ واسم الرقبة ينطلق على اسم المكاتب لقوله تعالى ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] وهم

المكاتبون فصار داخلاً في العموم فأجزأ ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وإذا كان عبداً أجزأ عتقه كسائر العبيد، قالوا: ولأنها رقبة سليمة لم يرجع إليه بشيء من ثمنها فوجب أن يجزىء عتقها عن كفارته كالعبد القن قالوا: ولأنه عقد يلحقه الفسخ فوجب أن لا يمنع من الإجزاء عن الكفارة كالمبيع بشرط الخيار، قالوا: ولأنه عقد عتق بصفة فوجب أن لا يمنع من تعجيل عتقه في الكفارة كالعتق بصفة قالوا: ولأنه عقد لاستيفاء حق مع بقاء الملك فوجب أن لا يمنع من العتق في الكفارة كالمرهون قالوا: ولأن عتقه يوجب فسخ الكتابة قبل العتق فصار العتق واقعاً بعد الفسخ وهذا لا يمنع من الإجزاء في الكفارة كالفسخ بالعجز.

ودليلنا: هو أنه ممنوع من بيعه بعقد الكتابة فوجب أن لا يجزىء عتقه عن الكفارة كالمؤدي بعض نجومه.

فإن قيل: المعنى في المؤدي بعض نجومه أنه قد وصل إلى بعض بدل العتق فلذلك لم يجزه وليس كذلك فيمن لم يؤده قيل: ليس لهذا المعنى تأثير في المنع من الإجزاء لأنه لو أدى بعض نجومه ثم أعتقه بعد فسخ الكتابة أجزأ فلا يكون لعدم هذا المعنى تأثير في الإجزاء لأن العقود المانعة من إجزاء عتقه بعد الأداء هي مانعة من إجزاء عتقه قبل الأداء كالبيع والصلح، ولأنه سبب حرية يمنع من جواز البيع فوجب أن يمنع من عتق الكفارة كاستيلاد أم الولد. فإن قيل: فالمعنى في أم الولد استقرار سبب الحرية فيها وليس سبب الحرية في المكاتب مستقراً قيل: اعتبار هذا المعنى يفسد بالمؤدي بعض نجومه لأن سبب حريته غير مستقر ولا يجزىء عن الكفارة، ولأنه عقد منعَه من بيعه فوجب أن يمنع من عتقه عن كفارته كالبيع.

فإن قيل: المعنى في البيع أن عتقه لا يقع والمكاتب عتقه واقع قيل: ليس اختلافهما في وقوع العتق مانعاً من استوائهما في عدم الإجزاء عن الكفارة كالمؤدي بعض نجومه، ولأن من لم يجز تكفيره بولد المكاتب لم يجز تكفيره بالمكاتب كالورثة، ولأن من لم يجز أن يكفر به الورثة لم يجز أن يكفر به الموروث كذلك المكاتب، ولأنه ممنوع من التصرف في مكاتبه كما يمنع من التصرف في عبد غيره فوجب أن يستويا في المنع من الإجزاء بهما عن كفارته، ولأن سائراً أحكام المكاتب متساوية قبل الأداء وبعده كالشهادة والولاية والنسب فكذلك في العتق عن الكفارة، ولأن عتق المكاتب إبراء وإبراؤه عتق وعتقه بالإبراء لا يجزىء عن الكفارة فكذلك إبراؤه بالعتق لا يجزىء عن الكفارة، ولأن كل من استحق شيئاً بسبب إلى أجل كان تعجيله معتبراً باستحقاقه لذلك السبب كتعجيل الدين المؤجل فصار تعجيل العتق قبل أداء الكتابة مقيداً لاستحقاقه بالكتابة وذلك مانع من إجزائه عن الكفارة لو أعتق بالأداء.

وأما الجواب عن الآية: فهو المنع من إطلاق اسم الرقبة على المكاتب بدليل أنه لو حلف لا يملك رقبة لم يحنث بملك المكاتب ولو أطلق عليه اسم الرقبة لكان مخصوصاً بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قوله «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وهو أن المراد به أن لا يعتق منه بقدر أدائه لا أنه كالعبد في جميع أحكامه. وأما قياسه على العبد فالمعنى فيه جواز بيعه وأما قياسه على البيع بشرط الخيار لعلة أنه عقد يلحقه الفسخ فمنتقض بمن أدى بعض نجومه ثم المعنى بشرط الخيار جواز تصرف البائع فيه بغير العتق. وأما قياسه على العتق بصفة فالمعنى فيه جواز تصرفه فيه بالمبيع وغيره وتملك أكسابه.

وأما قياسه على المرهون فللشافعي رضي الله عنه في عتقه عن كفارته ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه لا ينفذ عتقه معسراً كان أو موسراً.

والقول الثاني: ينفذ موسراً كان أو معسراً.

والثالث: ينفذ عتقه مع يساره ولا ينفذ مع إعساره فإن منع من نفوذ عتقه بطل الاستدلال به، وإن قيل بنفوذ عتقه كان المعنى فيه بقاؤه على ملكه ويملك كسبه بخلاف المكاتب، ولأن المرهون يستوي حكم عتقه بعد أداء بعض الحق وقبله فكذلك يجب أن يستوي عتق المكاتب بعد أداء بعض النجوم وقبله.

وأما قولهم إن عتقه موجب لتقديم الفسخ فعنه جوابان:

أحدهما: أن عتقه (إبراء) وليس بفسخ فلم يسلم الاستدلال.

والثاني: أنه لو كان فسخاً لاستوى حكمه قبل الأداء وبعده..

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُجْزِىءُ أُمُّ وَلَدٍ فِي قَوْلِ مَنْ لاَ يَبِيعُهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هُوَ لاَ يُجِيزُ بَيْعَهَا وَلَهُ بِذَلِكَ كِتَابٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يجزىء عتق أم الولد عن الكفارة ولا يجوز بيعها.

وقال داود يجوز بيعها وعتقها عن الكفارة وقال عثمان البتي: يجوز عتقها عن الكفارة ولا يجوز بيعها. وكلا المذهبين فاسد وإبطال بيعها يأتي من بعد.

والدليل على أن عتقها لا يجزىء شيئان:

أحدهما: أنه مستحق في غير الكفارة لقول النبي ﷺ في مارية: «أعتقها ولدها»

أي استحقت عتقها بولدها لأن تجويز عتقها يكون بموته وعتق الكفارة ما اختص بها ولا يستحق بغيرها.

والثاني: أن استيلادها نقص بدليل أنها لو قتلت وجب على قاتلها قيمتها ناقصة بالاستيلاد ولا تجب عليه كمال القيمة من غير نقص، وإذا كان ذلك نقصاً كان كالزمانة وذلك يمنع من عتق الكفارة.

فصل: فأما المدبر فيجزىء عتقه عن الكفارة. وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي رضي الله عنهم لا يجزيه عن الكفارة كأم الولد وبنوا ذلك على أصلهم في أن بيع المدبر لا يجوز إلحاقاً بأم الولد. وعندنا يجوز بيعه إلحاقاً بالمعتق بصفة والكلام على بيعه يأتي والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ مَرْهُوناً أَوْ جَانِياً فَأَدَّى الرَّهْنَ وَالْجِنَايَةَ أَجْزَأَهُ».

قال الماوردي: أما عتق العبد المرهون عن الكفارة فقد ذكرنا فيه ثلاثة أقاويل قدمنا توجيهها في كتاب الرهن.

أحدها: أن عتقه لا يصح مع اليسار والإعسار.

والثاني: يصح مع اليسار والإعسار.

والثالث: يصح مع اليسار ولا يصح مع الإعسار فإن أبطل العتق فالكفارة باقية والعبد رهن بحاله وإن صح العتق بطل الرهن وأجزأه عتقه عن الكفارة لأن المرهون كامل الملك غير مستحق العتق بخلاف أم الولد ويؤخذ من الراهن المعتق قيمته فإن كان الحق حالاً جعلته قصاصاً وإن كان مؤجلاً فهو بالخيار بين أن يجعلها رهناً مكانه أو يجعلها قصاصاً من الحق فإن أعسر بها أنظر إلى معسرته ثم غرم من بعد يساره على ما ذكرناه.

فصل: وأما عتق العبد الجاني عن الكفارة قبل فكاكه من الجناية فقد قال الشافعي في موضع ينفذ عتقه وقال في موضع آخر لا ينفذ عتقه فقد ذكر في نفوذ عتقه قولين، فاختلف أصحابنا في محل القولين على ثلاث طرق فمنهم من قال: القولان في جناية الخطأ، فأما جناية العمد فينفذ عتقه قولاً واحداً. ومنهم من قال: القولان في جناية العمد فأما إذا كانت خطأ فلا ينفذ عتقه قولاً واحداً ومنهم من قال: القولان في العمد والخطأ معاً فإن سوينا بين العمد والخطأ سوينا بين الموسر والمعسر، فإن فرقنا بين العمد والخطأ ففي تفريقنا بين الموسر والمعسر وجهان:

أحدهما: لا فرق بين يسار السيد وإعساره إلا في تعجيل الغرم باليسار وإنظاره بالإعسار.

والوجه الثاني: يفرق بين الموسر والمعسر فمن قال بهذا اختلفوا فقال بعضهم: إن كان موسراً نفذ عتقه قولاً واحداً وإن كان معسراً فعلى قولين، فإذا صح ما ذكرنا من ترتيب القولين في العمد والخطأ وفي اليسار والإعسار. فإن قيل: إن العتق قد نفذ أجزأه عن الكفارة لأنه عتق لا يستحق في غير الكفارة وكان المعتق ضامناً لأرش جنايته، فإن كانت بقدر قيمته فما دون ضمن جميعها، وإن كانت أكثر من قيمته ففي قدر ما يضمنه قولان:

أحدهما: قدر قيمته لا غير لأنه لو بيع لم يستحق المجني عليه أكثر من قيمته.

والقول الثاني: أن يضمن أرش الجناية كله لأنه لو مكن من بيعه لجاز أن يوجد راغب يشتريه بأكثر من قيمته وإن قيل إن العتق لا ينفذ في الحال فهل يكون موقوفاً على أداء الأرش أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يكون موقوفاً فإن أدى السيد مال الجناية عتق حينئذ وأجزأه عن كفارته وإن بيع فيها بطل وكذلك المرهون تمسكاً بقول الشافعي وإن أدى الرهن والجناية أجزأه.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أنه لا يكون موقوفاً ويكون باطلاً مراعاة لأن العتق الناجز لا يوقف والموقوف ما علق بالصفات وهذا غير معلق بصفة فلم يجز أن يكون موقوفاً وحملوا قول الشافعي فإن أدى أجزأه على إجزاء الأداء دون العتق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «(قال) وَإِنْ أَعْتَقَ عَبداً لَهُ غَائِباً فَهُوَ عَلَى غَيْرِ يَقِينٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ».

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد الغائب إذا أعتقه عن كفارته من أن يكون عالماً بحياته أو غير عالم بها، فإن علم حياته حين أعتقه أجزأه وإن لم يقدر عليه بالغيبة بإباق أو غير إباق؛ لأن العتق صادف ملكاً تاماً ومنافع العبد في الغيبة كاملة وقد ملكها بالعتق بعد أن تغلب عليها بالإباق وسواء علم بالعتق أو لم يعلم لأن علمه ليس بشرط في نفوذ العتق فلم يكن شرطاً في حصول الإجزاء، وإن كان غير عالم بحياته فعلى ضربين: -

أحدهما: أن يعلم بها بعد العتق فيجزيه لما ذكرنا من مصادفتها لملك تام.

والضرب الثاني: أن لا يعلم بحياته بعد العتق فقد قال الشافعي هاهنا فهو على غير يقين أنه أعتق فظاهر هذا الكلام أن عتقه لا يجزيه وقال في الزكاة أن عليه زكاة فطره. فاختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من نقل كل واحد من الجوابين إلى الآخر وخرج إجزاء عتقه ووجوب زكاته على قولين:

أحدهما: يجزىء عتقه عن الكفارة وتجب عليه زكاة الفطر لأننا على يقين من حياته وفي شك من موته فحمل الأمرين على يقين الحياة دون الشك في الموت.

والقول الآخر: أنه لا يجزئه عتقه عن الكفارة ولا تجب عليه زكاة الفطر لأن الأصل في الكفارة وجوبها في ذمته فلم تسقط بالشك، والأصل في الزكاة براءة ذمته منها فلم تجب بالشك.

وقال آخرون من أصحابنا وهو قول الأكثرين أنه لا تجزيه عن الكفارة لجواز أن يكون ميتاً وتجب عليه زكاة الفطر لجواز أن يكون حياً، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الأصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه.

والثاني: أن سقوط الكفارة حق له ووجوب الزكاة حق عليه وهو لو شك في حق له لم يجز أن يقطع باستحقاقه ولو شك في حق عليه لم يجز أن يقطع بسقوطه.

فصل: ولو أعتق عن كفارته عبداً مغصوباً نفذ عتقه لأنه صادف ملكاً تاماً.

قال أبو حامد الإسفراييني ولم يجزه عن كفارته لأنه بالغصب مسلوب المنفعة فأشبه الزَّمِنِ في نفوذ العتق وعدم الإجزاء.

والذي أراه أن الإجزاء معتبر بأن ينظر حال العبد، فإن قدر على الخلاص من غاصبه بالهرب منه وإن لم يقدر على العود إلى سيده أجزأه عن كفارته لأنه قادر على منافع نفسه، وإن لم يقدر على الخلاص والهرب فالإجزاء موقوف، فإن قدر بعد ذلك على الخلاص بموت الغاصب أو عجزه أجزأه حينئذ عن الكفارة، وإن لم يقدر على الخلاص حتى مات لم يجزه وليس يمتنع أن يكون إجزاؤه موقوفاً وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالغائب إذا علم بحياته بعد عتقه.

فصل: ولو أعتق حمل جارية له عتق الحمل دون أمه ولم يجزه عن كفارته لعلتين ذكرهما الشافعي:

أحدهما: لأنه مشكوك الحال بين أن يكون حملاً صحيحاً وبين أن يكون غلطاً أو ريحاً.

والثانية: أنه لم يخرج إلى الدنيا فيجري عليه الإجزاء ولهاتين العلتين لم نوجب عليه زكاة الفطر، فلو سقط الحمل حياً لم يجزه.

والفرق بين الحمل إذا وضع وبين المغصوب إذا خلص أن المنافع في المغصوب موجودة وإن منع منها وفي الحمل معدومة، ولو أعتق الأم عتقت مع حملها، وكان الإجزاء مختصاً بعتق الأم دون الحمل.

والفرق بين عتق الأم حيث سرى إلى حملها وبين عتق الحمل حيث لم يسر إلى أمه أن الحمل تابع والأم متبوعة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ لَمْ يُجْزِئْهُ لأَنَّهُ عَتَقَ بِمِلْكِهِ».

قال الماوردي: أما الذين يعتقون عليه بالملك فهم الوالدون من الآباء والأمهات والأجداد والجدات، والمولودون من البنين والبنات وأولاد البنين وأولاد البنات ولا يعتق من عدا هذين الطرفين من الأقارب والعصبات، فإذا اشترى أحد هؤلاء بنية الكفارة عتقوا عليه بالملك ولم يجزه عن الكفارة.

وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا اشترى أحدهم بنية الكفارة أجزأه استدلالاً بأنها رقبة سليمة صادفت نية الحرية بسبب العتق فوجب أن تجزئه عن الكفارة كالعبد القن، ولأن العتق بالملك أقوى من العتق بالمباشرة لأن الملك متحتم وبالمباشرة مخير فلما أجزأه عتق المباشرة كان أولى أن يجزيه عتق الملك، ولأن العتق بالملك قربة وعتق الكفارة قربة وليس بينهما منافاة فكان اجتماعهما أولى بالإجزاء، ولأن ترادف القُرَب في المحل الواحد لا تمنع من الإجزاء كمن نذر أن يعتكف شهراً بصوم فاعتكف شهر رمضان أجزأه صومه عن رمضان وعن نذره.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فأوجب عليه أن يحرر عتق رقبة وهذا عتق بغير تحرير فلم يجزه لإخلاله بشرط العتق، ولأنه عتق ثبت بحق الاستيلاء فلم يجزه عن الكفارة كأم الولد، ولأنه عتق مستحق بالقرابة فلم يجزه عن الكفارة كما لو ملكه بالإرث فنوى به الكفارة مع الإرث ولأن العتق المستحق بسبب إذا صرف بالنية عن ذكر السبب إلى الكفارة لم يجزه عن الكفارة كما لو قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر ثم نوى قبل دخول الدار أن يصير بدخولها حراً عن كفارته لم يجزه، ولأن العتق تكفير

فلم يجز صرفه إلى الوالد كالطعام وأما الجواب عن قياسهم بأنها رقبة سليمة كالعبد القن فهو أنا لا نسلم لهم أنها رقبة سليمة لاستحقاق العتق كما لا نسلم ذلك في أم الولد ثم ينتقض بمن قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ إن ملكت سالماً أن أعتقه فملكه لم يجز أن يعتقه عن كفارته وهو سليم، ثم المعنى في العبد القن أنه يجوز أن يستبقيه فجاز أن يعتقه عن كفارته ولا يجوز أن يستبقي أباه عبداً فلم يجز أن يعتقه عن كفارته.

وأما الجواب عن قولهم: إن العتق بالملك أقوى منه بالمباشرة لانحتامه فهو فساده بأم الولد ثم حق المباشرة بالعتق أقوى لأنه له أن يصرفه إلى التطوع إن شاء وإلى الواجب إن أحب وليس كالعتق بالملك الذي لا يقف على خياره في التطوع فلم يقف على خياره في الوجوب.

وأما الجواب عن قوله: إنهما قربتان فلم يتنافيا فهو فساده بما ذكرنا فيمن نذر عتق سالم إن اشتراه لم يجز أن يكفر به وإن اجتمعت فيه قربتان، وما استشهدوا به فيمن نذر اعتكاف شهر بصوم فاعتكف في شهر رمضان فغير مسلم بأن يكون صومه مجزياً عن رمضان دون نذره.

فصل: وإذا كانت زوجته أمة فاشتراها بطل النكاح بالشراء فإن أعتقها عن كفارته لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن يظهر بها حمل أو لا يظهر بها، فإن لم يظهر بها أجزأه عتقها عن كفارته لأنها كسائر رقيقه، وإن ظهر بها حمل لم يخل أن يكون قد وطئها بعد الشراء أو لم يطأ، فإن لم يطأ بعد الشراء نظر فإن وضعته لأقل من أربع سنين من وقت الشراء ألحق به الولد وعتق عليه بالملك وأجزأه عتق الأم لأنها علقت به من عقد نكاح فلم تصر به أم ولد. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت الشراء لم يلحق به وأجزأه عتق الأم عن كفارته وعتق الولد بعتق أمه وهو حمل. وإن كان قد وطئها بعد الشراء فلا يخلو حال وضعه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من أربع سنين من وقت الشراء ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء فيكون لاحقاً به من عقد نكاح لا تصير به أم ولد فيجزئه عتق الأم عن كفارته ويعتق الولد بالملك.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت الشراء ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء فلا يلحق به ويجزيه عتق الأم عن كفارته ويعتق الولد تبعاً لأمه.

والقسم الثالث: أن تضعه لستة أشهر فصاعداً بعد وطئه فيلحق به عن وطء في ملكه فلا يجزيه عتق الأم لأنها قد صارت به أم ولد ويكون الولد مخلوقاً حراً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ عَنْ ظِهَارِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ أَجْزَأَ عَنْهُ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَعْتِقَ وَلاَ يُرَدُّ عِتْقُهُ وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً عَتَقَ نِصْفَهُ فَإِنْ أَفَادَ وَاشْتَرَى النِّصْفَ الثَّانِيَ وَأَعْتَقَهُ أَجْزَأَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أعتق المكفر عبداً بينه وبين شريكه ناوياً به عن كفارته لم يخل من أن يكون موسراً أو معسراً فإن كان موسراً بقيمة حصة شريكه عتق عليه جميعه أما نصيبه منه فيعتق عليه باللفظ وأما نصيب شريكه فعلى ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعتق باللفظ أيضاً.

والقول الثاني: باللفظ ودفع القيمة معاً.

والثالث: أنه موقوف مراعى فإن دفع القيمة بأن عتقه باللفظ وإن لم يدفع القيمة لم يعتق ولتوجيه هذه الأقاويل موضع.

فإذا تقررت هذه الأقاويل الثلاثة تفرع حكم العتق والإجزاء عليها، فإذا قلنا: إن العتق في نصيب الشريك واقع باللفظ أو قلنا إنه موقوف على دفع القيمة فدفعها وعتق باللفظ فقد اختلف أصحابنا في عتق نصيب الشريك الواقع باللفظ هل هو عتق مباشرة أو عتق سراية على وجهين:

أحدهما: أنه عتق مباشرة لأنه لما كان نصيب نفسه يعتق بالمباشرة لوقوعه باللفظ.

والوجه الثاني: أنه عتق بالسراية لأنه تابع لنصيبه فاقتضى أن يتأخر عنه ليكون المتبوع متقدماً.

فإذا صح هذان الوجهان نظر فإن نوى عتق جميعه عن كفارته عند لفظه بعتقه أجزأه عتقه عن كفارته لأن الشرع مستقر على أن المعتق لحصته من غير مشترك كالمعتق لجميعه إذا كان موسراً، وإن نوى عتق حصته عن كفارته ولم يكن له نية في حصة شريكه فقد أجزأه عتق نصيبه عن كفارته لوجود نيته مع التلفظ بعتقه وفي إجزاء ما عتق عليه من حصة شريكه وجهان من اختلاف الوجهين هل يعتق بالمباشرة أو بالسراية، فإن قيل يعتق بالمباشرة أجزأته نيته في حصته عن النية في حصة شريكه.

وإن قيل يعتق بالسراية لم يجزه وكذلك لو كان مالكاً لجميع العبد فأعتق نصفه ينوي بنصفه عن كفارته عتق عليه جميعه وأجزأه منه لنصف الذي نواه وفي إجزاء نصفه الباقي وجهان:

أحدهما: يجزىء ويكون عتق مباشرة.

والثاني: لا يجزىء ويكون عتق سراية.

فصل: إذا قلنا بالقول الثالث: أنه لا يعتق إلا باللفظ ودفع القيمة فإذا دفع القيمة عتق وكان عتقاً بالسراية باتفاق أصحابنا وتعتق حصته بالمباشرة، فأما نية التكفير فمعتبرة في حصته مع التلفظ بعتقه وفي اعتبارها في حصة شريكه ثلاثة أوجه:

أحدها: مع دفع القيمة؛ لأنه وقت نفوذ العتق.

والوجه الثاني: وقت اللفظ ليقترن بسبب العتق ولا يتقدم عليه فلا يجزىء كما لا يجزىء عتق الوالد لتقدم سببه على نيته.

والوجه الثالث: أنه مخير بين أن ينوي مع اللفظ لأنه سبب العتق وبين أن ينوي مع دفع القيمة لأنه وقت نفوذ العتق. وأرى وجهاً رابعاً هو الأصح عندي أن يجمع بين النية مع لفظ العتق والنية مع دفع القيمة؛ لأن العتق إذا وقع بسببين لم يجز أن تختص النية بأحدهما فإن نوى عند أحدهما لم يجزه.

فصل: وإن كان المعتق معسراً عتق نصيبه منه ولم يعتق نصيب شريكه وأجزأه عتق النصف الذي ملكه وكان الباقي منه على رقه فإن بقي على إعساره وأراد أن يتم التكفير بالصيام أو الإطعام لم يجز إذا أعتق نصف عبد أن يصوم شهراً أو يطعم ثلاثين مسكيناً ليكون نصف التكفير بالعتق ونصفه بالصيام أو الإطعام لأن الكفارة لا تتبعض في جنسين، وقيل: عليك أن تكمل التكفير بالصيام أو الإطعام فتصوم شهرين أو تطعم ستين مسكيناً فعلى هذا يكون في نصف العتق الذي قدمه وجهان:

أحدهما: أنه عتق نافذ في التكفير وكمّله بصوم شهرين لئلا يتبعض الصيام.

والوجه الثاني: أنه يصير تطوعاً ويكون التكفير بصوم الشهرين لأن الصوم كفارة كاملة وليس يلزم أن يزيد عليها فصار ما تقدمها تطوعاً، وإن أيسر بعد إعساره فهل يلزمه أن يكفر بالعتق أم لا على قولين:

أحدهما: لا يلزم أن يكفر بالعتق إذا قيل أن المراعى بالكفارة حال الوجوب فعلى هذا يكون على ما مضى.

والقول الثاني: يلزمه أن يكفر بالعتق إذا قيل أن المراعى بالكفارة حال لأداء فعلى هذا إن اشترى نصفه الذي أعتق نصفه لم يعتق عليه بالشراء لاستقرار رقه بعد ما عتق منه وخالف حال يساره وقت عتقه فإذا أعتقه عن كفارته أجزأه وقد تكمل له عتق عبد عن كفارته فأجزأه وإن فرّق العتق كما يجزىء تفريق الطعام. وإن اشترى نصف عبد آخر فأعتقه حتى يكمل عتق رقبه من عبدين ففي إجزائه وجهان: ـ

أحدهما: يجزىء لكمال العتق المستحق وإن تبعض.

والوجه الثاني: لا يجزىء؛ لأن في التبعيض نقصاً وعتق الناقص غير مجزىء وفيه وجه ثالث: أنه إذا أعتق نصفين من عبدين باقيهما حراً أجزأه لارتفاع الضرر عنهما وإن كان باقيهما مملوكاً لم يجزه لدخول الضرر عليهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ جَعَلَ لَهُ رَجُلٌ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ لَمْ يَجْزِئْهُ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل عليه عتق رقبة عن ظهار وله عبد فقال له رجل: أعتق عبدك هذا عن ظهارك على أن لك عليَّ عشرة دنانير. فلا يخلو حاله إذا أعتق عبده عن ظهاره من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول قد أعتقت عبدي عن ظهاري على عشرة دنانير لي عليك فيعتق عليه ولا يكون عن ظهاره لأن عتق الظهار يجب أن يكون خالصاً عنه ولا يكون مشتركاً بين الظهار وبين غيره وهذا عتق قد جعله مشتركاً بين الظهار وبين أخذ العوض عنه فلم يخلص عن الظهار فلذلك لم يجزه عن الظهار وإذا لم يجزه عن الظهار صار العتق واقعاً عن باذل العوض وعليه العشرة لأن المعتق صرف العتق إلى شيئين إلى الظهار وإلى العوض فإذا بطل أن يكون عن الظهار ثبت حكم الآخر وهو العوض فصار معتقاً عبد نفسه بعوض على غيره فوقع العتق عن باذل العوض ويكون له الولاء وعليه ما بذله من العوض وهو العشرة قاله الشافعي في كتاب الأم.

فصل: **والحال الثانية**: أن يقول المعتق: قد أعتقت عبدي هذا عن ظهاري دون عوضك فيعتق عن ظهاره لأنه قد جعله خالصاً عنه ولا شيء له على باذل العوض لأنه قد رده لأن العتق لم يحصل له.

والحال الثالثة: أن يقول المعتق: قد أعتقت عبدي هذا عن ظهاري ويمسك عن ذكر العوض فلا يصرح بإثباته ولا بنفيه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعتق بعد تطاول الزمان وخروجه عن أن يكون جواباً للباذل للبذل، فيجزيه عتقه عن ظهاره لا يختلف لعلتين:

إحداهما: إمساكه عن ذكر العوض في عتقه.

والثانية: خروجه عن حكم الجواب لبعده.

والضرب الثاني: أن يعتقه في الحال عقيب البذل ففيه وجهان:

أحدهما: يجزيه عن ظهاره تعليلاً بإمساكه عن ذكر العوض ولا شيء له على الباذل.

والوجه الثاني: لا يجزيه عن ظهاره ويكون عن الباذل وعليه ما بذل تعليلاً بأن قرب الزمان يخرجه مخرج الجواب فصار الحكم مصروفاً إليه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ رَجُلٌ عَبْداً بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يُجْزِئْهُ وَالوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقُهُ وَلَوْ أَعْتَقَهُ بِأَمْرِهِ بِجُعْلٍ أَوْ غَيْرِهِ أَجْزَأَهُ وَالوَلاَءُ لَهُ وَهَذَا مِثْلُ شِرَاءٍ مَقْبُوضٍ أَوْ هِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ (قال المزني) مَعْنَاهُ عِنْدِي أَنْ يَعْتِقَهُ عَنْهُ بِجُعْلٍ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من أعتق عبده عن غيره من أحد أمرين إما أن يعتقه عن حي أو ميت، فإن أعتق عن حي لم يخل عتقه من أن يكون بإذن المعتق عنه أو بغير إذن، فإن أعتقه عنه بغير إذنه كان العتق واقعاً عن المعتق دون المعتق عنه سواء أعتقه عنه تطوعاً أو عن واجب.

وقال مالك: إن أعتقه عنه تطوعاً لم يجزه وكان العتق عن المعتق وله الولاء، فإن أعتقه عن واجب جاز وكان عن المعتق عنه وله الولاء استدلالاً بما روي أن عائشة رضي الله عنها أعتقت عبداً لها عن أخيها عبد الرحمن رجاء أن ينفعه ويلحقه ثوابه، ولأن العتق الواجب كالدين ويجوز أن يقضي دين الحي بغير إذنه فكذلك يجوز أن يعتق عنه بغير إذنه.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿وَأَن لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] فكان على عمومه وقول النبي ﷺ «كتاب الله أصدق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق». فلم يجعل الولاء إلا لمعتق، ولأن من أعتق عن نفسه بغير نية لم يجزه وفي عتق غيره عنه عند عدم العتق منه وعدم النية فكان بأن لا يجزيه أولى، ولأن العبادات ضربان على بدن وفي مال. فأما عبادات الأبدان: كالصلاة والصيام والحج فلا تصح فيها النيابة بحال، وأما عبادات الأموال كالحج والزكاة فلا تصح فيها النيابة بغير إذن وتصح بإذن، كذلك العتق في الكفارة عبادة في مال يجب أن تصح بإذن ولا تصح بغير إذن.

فأما الجواب عن عتق عائشة رضي الله عنها عن أخيها فظاهره أنه تطوع لقولها رجاء أن ينفعه ويلحقه ثوابه ومالك يمنع من تطوع العتق بغير إذن ولو كان عن واجب لاحتمل أن يكون عن إذنه في حياته أو بوصية منه بعد وفاته فلم يكن فيه دليل.

وأما الجواب عن قضاء الدين: فهو أنه لا يعتبر فيه النية ولذلك سقط بالإبراء وإن لم توجد فيه نية الأداء فجاز لعدم النية فيه أن يقضي عنه والعتق مستحق فيه النية فلم يجز مع استحقاقها أن يعتق عنه.

فصل: وإن أعتق عن الحي بإذنه جاز وكان الولاء للمعتق عنه سواء كان العتق تطوعاً أو واجباً وسواء أعتق عنه بجُعل أو بغير جُعل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله إن أعتقه عنه بجُعل جاز وإن أعتقه بغير جُعل لم يجز استدلالاً بأنه إذا كان عن جُعل فهو مبيع وعتق المبيع قبل قبضه يجوز، وإذا كان بغير جُعل فهو هبة وعتق الموهوب قبل قبضه لا يجوز ولأن القبض شرط في صحة الهبة وليس بالعتق فيها قبضاً لأنه بتسليم الرقبة ولم يحصل بالعتق تسليم.

ودليلنا: هو أن العتق في الشرع قد أقيم مقام القبض بدليل أن من اشترى عبداً لو أعتقه في يد بائعه نفذ عتقه وسقط عن البائع ضمانه وإذا كان قبضاً في البيع صار قبضاً في الهبة فوجب أن يستويا في صحة العتق.

ولأن الإذن في العتق يُحصل استدعاء معاوضة تفتقر عندنا إلى إيجاب وقبض وعند أبي حنيفة إلى إيجاب وقبول وقبض والعتق قائم مقام الإيجاب والقبض عندنا وقائم مقام الإيجاب والقبول والقبض عندهم، والإذن في العتق بغير جُعل يحصل استدعاء هبة يفتقر عندنا إلى إيجاب وقبض وعندهم إلى إيجاب وقبول وقبض واقتضى أن يكون العتق بعدها قائماً مقام الإيجاب والقبض كالبيع، وفي هذين الاستدلالين انفصال عما ذكروه من استدلالين، ولأن الحقوق إذا جازت بفعل الغير لم يشترط فيها بدل العوض كالزكاة والحج، فأما المزني فإنه قال معناه عندي أن يعتقه عنه بجعل فإن أراد به معناه عند الشافعي فهو خطأ عليه، وقد صرح بإبطاله في قوله ولو أعتقه عنه بأمره بجعل أو غيره فسواء في العتق عنه بأمره بين أن يكون بجعل أو غيره، وإن أراد به مذهباً لنفسه فهو قول أبي حنيفة وقد مضى الكلام معه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من جواز العتق عنه بأمره بجُعل أو غيره، فإنه بالجعل بيع وبغير الجعل هبة فهو لا يعتقه عنه إلا وقد ملكه ثم عتق، واختلف أصحابنا: متى يصير مالكاً؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتبين بالعتق أنه قد كان مالكاً له باستدعاء العتق ثم عتق عليه بعد الملك بلفظ العتق.

والوجه الثاني: أنه يملكه بأول لفظ العتق ويعتق بآخر لفظ العتق.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن يقع الملك والعتق معاً في حالة واحدة بلفظ العتق فمن اشترى أباه ملكه وعتق عليه في حالة واحدة بنفس الشراء.

وفيه وجه رابع: قاله أبو حامد الإسفراييني أنه يملكه بلفظ العتق ويعتق بعد

استقرار الملك، [وكذلك يقول فيمن اشترى أباه أنه يملكه بالشراء ويعتق عليه بعد استقرار الملك].

ومثال هذه المسألة اختلاف أصحابنا فيمن دعي إلى أكل طعام متى يملك ما يأكله على ثلاثة أوجه:

أحدها: يملك اللقمة إذا أخذها بيده.

والثاني: إذا وضعها في فمه.

والثالث: إذا ابتلعها، فإذا قلنا: إنه يملكها إذا أخذها بيده فهل يجوز له أن يطعمها غيره أم لا على وجهين:

أحدهما: له ذلك لأنه قد صار مالكها.

والوجه الثاني: ليس له ذلك لأنه مأذون له في تملكها على وجه مخصوص كالعارية التي يجوز أن يملك منافعها في حق نفسه ولا يجوز أن يعيرها غيره.

فصل: فأما العتق عن الميت فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عن وصية منه فيصح سواء كان تطوعاً أو واجباً لأن وصيته به تقوم مقام مباشرته له، ولو باشر عتق التطوع صح فكذلك إذا أوصى به يجب أن يصح.

والضرب الثاني: أن يكون عن غير وصية فعلى ضربين: ـ

أحدهما: أن يكون العتق تطوعاً فلا يصح عنه بغير وصية سواء كان العتق من وارث أو غير وارث ووقع العتق عن المالك المعتق دون الميت المعتق عنه.

والضرب الثاني: أن يكون العتق واجباً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يجب وجوباً لا تخيير فيه كالعتق في كفارة القتل والظهار فيصح عن الميت بوصية من رأس ماله وبغير وصيته من أصل تركته ويجوز أن يتطوع به عنه وارث أو غير وارث بأمره وبغير أمره، ولأنه من لوازم الأموال فأشبه قضاء الدين ويكون الولاء فيه للميت المعتق عنه ينتقل بعد موته إلى الأقرب من عصبته.

والضرب الثاني: أن يكون في العتق الواجب تخيير مثل كفارة اليمين التي هو مخير فيها بين العتق والإطعام والكسوة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون من مال الميت فينظر فيه فإن كان أقل الثلاثة قيمة صح وإن كان أكثرها قيمة لم يصح لأنه يصير بنقصانه واجباً وزيادته تطوعاً.

والضرب الثاني: أن يكون من مال المعتق ففي جوازه عنه وجهان: ـ

أحدهما: لا يجزىء عنه ويكون واقعاً عن المعتق دون الميت كما لا يجوز أن يعتق عنه من ماله.

والوجه الثاني: يجزىء عن الميت ويكون له الولاء وينتقل عنه إلى أقرب عصبته لأنه عتق واجب، وإن وفع فيه تخيير لسقوط الواجب به فأشبه ما لا تخيير فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنْ ظِهَارَيْنِ أَوْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ الكَفَّارَتَيْنِ أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ عَبْداً تَامًّا نِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ وَنِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ ثُمَّ أُخْرَى نِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ وَنِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ فَكَمُلَ فِيْهَا العِتْقُ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل عليه كفارتان إما من جنسين مثل كفارة قتل وكفارة ظهار أو من جنس واحد مثل كفارتي قتل أو كفارتي ظهار فأعتق عنهما عبدين فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يعتق أحد العبدين بعينه عن إحدى الكفارتين بعينها ويعتق العبد الآخر عن الكفارة الأخرى فهذا جائز ويكون العتق فيهما على ما عين ونوى، فلو أراد بعد ذلك أن ينقل كل واحد من العبدين إلى الكفارة الأخرى لم يجز وكان العتق نافذاً على التعيين الأول.

والقسم الثاني: أن يعتق أحد العبدين عن إحدى الكفارتين لا يعينها ويعتق العبد الآخر عن الكفارة الأخرى لا يعينها فيجزيه أيضاً سواء كانت الكفارتان عن جنس واحد أو من جنسين.

وقال أبو حنيفة رحمه الله إن كانتا من جنس واحد أجزأه وإن لم يعين، وإن كانتا من جنسين لم يجزه حتى يعين استدلالاً: بأنها عبادة تختلف في الموجب والموجَب فافتقرت إلى التعيين كالصلاة واختلافهما في الموجب أن إحداهما عن قتل والأخرى عن ظهار واختلافهما في الموجب أن في إحداهما إطعاماً وليس في الأخرى إطعام.

ودليلنا: هو أنه حق يؤدي على وجه التكفير فلم يلزم فيه التعيين كما لو كانا من جنس واحد لأن الكفارتين إذا اتفقتا في الصورة فعدم التعيين لا يمنع من الإجزاء كالدماء في الحج، ولأن العبادات ضربان:

أحدهما: ما يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف كالصلوات يلزم تعيين النية فيما اختلف منها كالصبح والمغرب وفيما ائتلف منها كالظهر والعصر.

والثاني: ما لا يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف كالزكوات لا يلزم

تعيين النية فيما اختلف منها كمن له خمس من الإبل مهرية حاضرة وخمس من الإبل مُجَيدية غائبة فأخرج شاتين عنهما من غير تعيين أجزأ كما يجزيه لو كانت العشر من جنس واحد في موضع واحد، فلما لم يلزم في الكفارة تعيين النية في المؤتلف لم يلزم تعيينها في المختلف كالزكاة لأنها وافقتها في المؤتلف بخلاف الصلاة لأنها. خالفتها في المؤتلف وفي هذا انفصال، ولأنه لو وجب تعيينها في الجنسين لوجب إذا كانت عليه كفارة قد شك فيها هل وجبت عليه عن قتل أو ظهار أن يعتق عبدين كما لو شك هل عليه ظهر أو عصر يقضي صلاتين وقد وافق أبو حنيفة أنه لا يلزمه إلا عتق عبد واحد فدل على أن تعيين النية غير واجب.

فصل: والقسم الثالث وهو مسألة الكتاب أن يعتق كل واحد من العبدين عن كل واحدة من الكفارتين فيعتق نصف سالم عن كفارة القتل ونصفه عن كفارة الظهار ويعتق نصف غانم عن كفارة القتل ونصفه عن كفارة الظهار فهذا العتق مجزىء عن الكفارتين لأنه قد أعتق عنهما عبدين لكن اختلف أصحابنا هل يكون العتق مبعضاً على ما يرده أو مكملاً على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا أنه يكون مبعضاً على ما نوى لأن العتق بالتبعيض قد كمل.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلامه في كتاب الأم وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو علي بن خيران أنه يكمل العتق فيجعل أحد العبدين بكماله عن إحدى الكفارتين والعبد الآخر بكماله عن الكفارة الأخرى لأن عتق بعض العبد يسري إلى جميعه فلما امتنع أن يتبعض في الحرية والرق امتنع أن يتبعض في كفارتين، وفائدة هذين الوجهين فيمن عليه عتق رقبة عن كفارة فأعتق نصف عبد ونصف آخر حتى كمل عتق رقبة من عبدين ففي إجزائهما عنه وجهان: ـ

أحدهما: لا يجزيه إذا مُنع من تبعيض العتق هناك.

والوجه الثاني: يجزيه إذا جوَّزوا التبعيض هناك.

وفيهاوجه ثالث: أنه إن أعتق النصف من عبدين باقيهما حراً أجزأه وإن كان باقيهما مملوكاً لم يجزه لأنه إذا كان باقيهما حراً جرى عليه حكم الأحرار فيوجد مقصود العتق فيهما وإذا كان باقيهما مملوكاً جرى عليه حكم العبيدفلم يوجد مقصود العتق فيها. ومثال ذلك في الزكاة: أن تجب عليه شاة في خمس من الإبل فيخرج نصفي شاتين نصفاً من شاة ونصفاً من أخرى ففي إجزائه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يجزيه لأنه قد أخرج شاة.

والوجه الثاني: لا يجزيه لما أدخل على الفقراء من سوء المشاركة حتى يخرج شاة كاملة.

والوجه الثالث: إن كان باقي الشاتين ملكاً للفقراء أجزأه لارتفاع الضرر عنهم وإن كان لغيرهم لم يجز لدخول الضرر عليهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ مِمَّنْ عَلَيْهِ الصَّوْمُ فَصَامَ شَهْرَيْنِ عَنْ إِحْدَاهُمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ وَكَذَلِكَ لَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ عَنْهُمَا أَجْزَأَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كانت عليه كفارتان من جنس أو جنسين فإنهما عندنا سواء فله فيهما ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون من أهل العتق فيهما وذلك بأن يكون قادراً على عتق رقبتين فعليه عتقهما على ما مضى من حكم عتقه لهما.

والحال الثانية: أن يكون من أهل الصيام فيهما بأن يكون معسراً لا يقدر على عتق رقبة فعليه أن يصوم عنهما أربعة أشهر ولا يخلو حال صومه فيهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي صوم شهرين متتابعين عن إحدى الكفارتين بعينها ويصوم شهرين آخرين عن الكفارة الأخرى بعينها فهذا يجزئه وقد أكّد ذلك بالتعيين.

والقسم الثاني: أن يصوم شهرين عن إحدى الكفارتين لا يعينها ويصوم شهرين عن الأخرى لا يعينها فهذا يجزيه أيضاً وإن لم يُعَيّن لأن التعيين غير مفيد فلم يلزم كما أن النية في الوضوء لا يلزم فيها تعيين الحدث لأنه غير مفيد ثم هو بعد ذلك بالخيار في أن يترك الصوم على إبهامه أو يعينه وسواء كانت الكفارتان من جنس أو جنسين وخالف أبو حنيفة كما خالف في العتق.

والقسم الثالث: أن يَسْرُد صوم أربعة أشهر متوالية عنهما من غير تعيين فهذا يجزيه وقد زاد بأنه تابع بين صوم الكفارتين ويكون شهران متواليان عن إحدى الكفارتين وشهران متواليان عن الكفارة الأخرى.

والقسم الرابع: أن يصوم شهرين متتابعين عن الكفارتين وشهرين متتابعين عن الكفارتين فلا يجزيه الصوم عن واحدة من الكفارتين بخلاف العتق لأن تتابع الشهرين في صوم الكفارة مستحق وقد صار بالتبعيض مفرقاً.

والحالة الثالثة: أن يكون من أهل العتق في إحدى الكفارتين ومن أهل الصيام في الكفارة الأخرى لأنه لا يملك إلا رقبة واحدة فعليه أن يبدأ بالعتق عن إحدى الكفارتين شاء سواء بدأ به فيما تقدم وجوبه منهما أو فيما تأخر، ثم يصوم بعد ذلك شهرين

متتابعين عن الكفارة الأخرى، وهو أن يبدأ بالعتق عن إحداهما لا يعينها ثم بالصوم عن الأخرى لا يعينها كما لو كان من أهل العتق فيهما أو من أهل الصوم فيهما، فلو بدأ بالصوم ثم أعتق أجزأه العتق ولم يجزه الصوم لأنه صام وهو قادر على العتق، ولو جعل العتق عن الكفارتين معاً والصوم عنهما معاً تكميلاً لكل كفارة من جنسين لم يجزه الصوم عن واحدة من الكفارتين وأجزأه العتق وفيه وجهان بناء على ما مضى: ـ

أحدهما: أنه يستكمل العتق في إحداهما وعليه أن يستأنف صوم شهرين للأخرى.

والوجه الثاني: أن يكون على ما نوى من التبعيض فلا يتكمَّل، فإن أيسر بإكمال العتق أو استدان حتى أعتق عبداً آخر عن الكفارتين أجزأه، وإن كان على إعساره وأراد أن يكمل الكفارة بالصوم لم يجزه أن يصوم عن نصف كل كفارة شهراً لأن تبعيض الصيام في الكفارة غير مجزىء وكان عليه أن يصوم عن كل واحدة منهما شهرين متتابعين فيصوم لهما أربعة أشهر فعلى هذا هل يكون ما قدمه من العتق مؤثراً في التكفير أم لا على وجهين:

أحدهما: لا يؤثر فيه لما يلزمه من تكميل الصيام.

والوجه الثاني: يؤثر فيه لتقدم النية عنه وإنما يكمل الصيام جبراً وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ ثَلاَثُ كَفَّارَاتٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَةً لَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا وَصَامَ شَهْرَيْنِ ثُمَّ مَرِضَ فَأَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً يَنْوِي بِجَمِيعَ هَذِهِ الكَفَّارَاتِ الظِّهَار وَإِنْ لَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً بِعَيْنِهَا أَجْزَأَهُ لأَنَّ نِيَّتَهُ فِي كُلِّ كَفَّارَةٍ بِأَنَّهَا لَزِمَتْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا وجب عليه ثلاث كفارات إما من جنس واحد أو من أجناس فكان من أهل العتق في واحدة ومن أهل الصيام في ثانية ومن أهل الإطعام في ثالثة على ما بينه الشافعي رضي الله عنه فعليه أن يبدأ بالعتق عن أحدهما إما بعينها أو مبهمة، وإنما لزم أن يكون الصوم بعد العتق لأنه لا يجوز مع القدرة عليه، ولزم أن يكون الإطعام بعد الصوم لأنه لا يجزىء مع القدرة عليه، فإن قدَّم الإطعام ثم الصيام ثم العتق أجزأه العتق وحده واستأنف الصوم بعده ثم الإطعام بعد الصوم وليس له أن يسترجع الطعام الذي قدمه لعدم إجزائه لأن الفقراء قد ملكوه بالقبض، فلو نوى وقد رتب أن يكون كل واحد من العتق والصيام والإطعام عن كل واحدة من الكفارات الثلاث أثلاثاً اعتد بجميع العتق ولم يعتد بجميع الصيام واعتد بالثلث من الإطعام ثم هل يتكمل العتق في أحدهما أم لا على ما مضى من الوجهين ولزمه تكميل الإطعام عن إحداهما وعليه استئناف الصيام عن الأخرى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ فَشَكَّ أَنْ تَكُونَ مِنْ ظِهَارٍ أَوْ قَتْلٍ أَوْ نَذْرٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَةً عَنْ أَيِّهَا كَانَ أَجْزَأَهُ وَلَوْ أَعْتَقَهَا لاَ يَنْوِي وَاحِدَةً مِنْهَا لَمْ يُجْزِئْهُ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة بيان حكم النية والكلام يشمل فيها على ثلاثة فصول:

أحدها: في وجوبها.

والثاني: في صفتها.

والثالث: في محلها.

فأما وجوب النية فمستحق في التكفير بالعتق والصيام والإطعام لأن الثلاثة قد تفعل على طريق الوجوب تارة وعلى طريق التطوع أخرى فوجب أن تستحق فيها النية ليمتاز بها الواجب من التطوع.

وأما صفة النيـة فهو أن ينوي بالعتق أو بالصيام أو بالإطعام أنه عن الكفارة التي عليه ولا يلزم تعيين النية عن أي كفارة ولا يجزىء أن ينوي أنه عتق واجب أو صوم واجب أو إطعام واجب لأن الوجوب قد يتنوع فلم يكن بد من وصف الوجوب بأنه عن كفارة لتمييزه.

وأما محل النية فإن كان صوماً ففي ليل الصيام لا يجزىء قبله ولا بعده كسائر الصوم الواجب. وإن كان عتقاً أو طعاماً لم تجزه النية قبل أن يتعين له العبد الذي يعتقه والطعام الذي يطعمه، فأما بعد تعيين العبد والطعام ففي محل النية وجهان:

أحدهما: ينوي مع لفظ العتق ومع تفريق الطعام فإن نوى قبلهما لم يجزه.

والوجه الثاني: يجوز أن ينوي قبل التعيين وبعد العتق والإطعام، وأصل هذين الوجهين اختلاف أصحابنا في محل النية في الزكاة فأحد الوجهين: أن محل النية فيها عند عزلها.

والثاني: عند دفعها.

فصل: فإذا ثبتت هذه المقدمة فصورة مسألتنا فيمن علم أنه عليه كفارة واجبة وهو شاك في سبب وجوبها هل وجبت بقتل أو ظهار، فإن أعتق ينوي به الكفارة الواجبة عليه أجزأه مع الشك في الموجب لأن التعيين لا يجب، وإن نوى العتق الواجب عليه ولم ينو أنه في الكفارة لم يجزه لأن نية التكفير مستحقة وإن كانت نية تعيين السبب غير مستحقه، فإن كان عيّن العتق ونوى أنه عن كفارة الظهار مع الشك

فيه لم يكن على يقين من أدائها لجواز أن تكون الكفارة عن قتل ولا على يقين من بقائها لجواز أن تكون عن ظهار، فإن بان له بعد ذلك أنها عن ظهار أجزأه لأنه قد تعين بالنية ما وجب عليه، وإن بان أنها عن قتل لم يجزه لأنه قد تعين بالنية ما لم يجب عليه فصار الواجب باقياً عليه. فإن قيل: فهلا كان كمن شك في حدثه هل هو من بول أو نوم فتوضأ ينوي حدث البول ثم بان أنه عن نوم أجزأه.

قيل: الفرق بينهما أن رفع الحدث الواحد رافع لجميع الأحداث وليست الكفارة الواحدة رافعة لجميع الكفارات. ولو علم أنه عليه عتق رقبة وشك فيها هل وجبت عليه عن قتل أو ظهار أو نذر فأعتق رقبة ينوي بها العتق الواجب عليه لم يجزه لما ذكرنا من أن نية التكفير مستحقة في العتق ولو نوى بها العتق عن التكفير نظر في عتق النذر فإن كان مستحقاً في نذر اللجاج الخارج مخرج الأيمان أجزأه هنا العتق لأن العتق في هذا النذر تكفير أيضاً وإن كان نذر مجازاة أو تبرر لم يجزه لأنه لا يكون العتق فيه تكفيراً وقيل له: أنت على غير يقين من أدائها ولا من بقائها في النذر وحده، فإن أعتق رقبة ثانية ينوي بها عتق النذر وحده أجزأه وسقطت الكفارة يقيناً عن ذمته لأن عتق التكفير قد سقط بالعتق الأول وإن لم يتعين وعتق النذر قد سقط الثاني المعين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ارْتَدَّ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ فَأَعْتَقَ عَبْداً عَنْ ظِهَارِهِ فَإِنْ رَجَعَ أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى دَيْنٍ أَدَّاهُ أَوْ قِصَاصٍ أُخِذَ مِنْهُ أَوْ عُقُوبَةٍ عَلَى بَدَنِهِ لِمَنْ وَجَبَتْ لَهُ وَلَوْ صَامَ فِي رِدَّتِهِ لَمْ يُجْزِئْهِ لأَنَّ الصَّوْمَ عَمَلُ البَدَنِ وَعَمَلَ البَدَنِ لاَ يُجْزِىءُ إِلاَّ مَنْ يُكْتَبُ لَهُ.».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن في ملك المرتد ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه باق ما كان حياً وتصرفه فيه جائز.

والقول الثاني: أن ملكه زائل عن ماله وتصرفه فيه مردود.

والقول الثالث: أن ملكه موقوف مراعى وكذلك تصرفه، فإن قُتل بالردة علم زوال ملكه وفساد تصرفه بنفس الردة، وإن عاد إلى الإسلام علم أن ملكه كان باقياً وتصرفه جائزاً، ولتوجيه هذه الأقاويل موضع من كتاب الردة.

فإذا ثبت ما وصفنا منها وكان على المرتد كفارة من قتل أو ظهار وجبت عليه قبل ردته فإن قيل بأن ملكه فيه ثابت وتصرفه فيه جائز أو قيل أنهما على الوقف والمراعاة جاز له إخراج الكفارة من ماله، وإن قيل أن ملكه زائل وتصرفه مردود ففي جواز تكفيره من ماله وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يكفر من ماله كما لا تجب عليه زكاته.

والوجه الثاني: وهو أصح يجوز له أن يكفر من ماله وإن لم تجب عليه زكاته لاستحقاق الكفارة في ماله قبل ردته كالديون.

والفرق بين الكفارة والزكاة أن الزكاة لا تجب عليه بعد ردته والكفارة قد تجب عليه بعد ردته.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من جواز التكفير بعد الردة فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن يكفر بالعتق فيجزيه أن يعتق فيه مؤمنة قد كان لها مالكاً قبل الردة أو يقول لمسلم: أعتق عبدك هذا المسلم عن كفارتي بكذا. فإن اشترى عبداً مسلماً فعلى قولين:

أحدهما: يصح الشراء وينفذ العتق.

والثاني: يكون باطلاً وعتقه مردوداً وإنما يصح منه العتق وإن كان قربة تفتقر إلى نية لأنها من حقوق الأموال التي تنصرف إلى الآدميين فأشبهت قضاء الديون.

والقسم الثاني: أن يكون ممن يكفر بالصيام فلا يجزيه الصوم في الردة لأنه من عبادات الأبدان المحضة التي لا تصح إلا من مسلم.

والقسم الثالث: أن يكون ممن يكفر بالإطعام ففي جوازه منه وجهان:

أحدهما: يجوز منه الإطعام لأنه من حقوق الأموال كالعتق.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يكفر بالإطعام لأنه بدل من الصيام الذي لا يصح منه فأجرى على البدل حكم المبدل والله أعلم.

بَابُ مَا يُجْزِىءُ مِنَ العُيُوبِ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ
مِنْ كِتَابَي الظِّهَارِ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لَمْ أَعْلَمْ أَحَداً مِمَّنْ مَضَى مِنْ أَهْلِ العِلْمِ وَلاَ ذُكِرَ لِي عَنْهُ وَلاَ بَقِيَ مَنْ خَالَفَ فِي أَنَّ مَنْ ذَوَاتِ النَّقْصِ منَ الرِّقَابِ مَا لاَ يُجْزِىءُ وَمِنْهَا مَا يُجْزِىءُ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ المُرَادَ بَعْضُهَا دُونَ بَعْضٍ فَلَمْ أَجِدْ فِي مَعَانِي مَا ذَهَبُوا إِلَيْهِ إِلاَّ مَا أَقُولُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَجمَاعَةُ أَنَّ الأَغْلَبَ فِيْمَا يُتَّخَذُ لَهُ الرَّقِيقُ العَمَلُ وَلاَ يَكُونُ العَمَلُ تَامًّا حَتَّى تَكُونَ يَدَا المَمْلُوكِ بَاطِشَتَيْنِ وَرِجْلاَهُ مَاشِيَتَيْنِ وَلَهُ بَصَرٌ وَإِنْ كَانَ عَيْناً وَاحِدَةً».

قال الماوردي: وأصل هذا أن الله تعالى أطلق تحرير الرقبة في كتابه بقوله ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ أطلقها ولم يصفها فأجمع من تقدم الشافعي وعاصره على أن عموم الإطلاق غير مستعمل وأن من الرقاب ما يجزىء ومنها ما لا يجزىء فكان العموم مخصوصاً وخالف داود من بعد فقال: العموم مستعمل وجميع الرقاب تجزىء من معيب وسليم وناقص وكامل تمسكاً بالعموم واحتجاجاً بالتسوية بين الصغير والكبير مع اختلافهما في النقص والكمال، وهذا خطأ مدفوع بإجماع من تقدمه، ولما روي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ برقبة سوداء فقال: يا رسول الله عليَّ عتق رقبة أفأعتق هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله؟» فأشارت إلى السماء فقال لها «من أنا؟» فأشارت إليه وإلى السماء تعني رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها فإنها مؤمنة» فدل سؤال السائل عنها وامتحان النبي ﷺ لها على أن العموم مخصوص وأن من الرقاب ما يجزىء ومنها ما لا يجزىء فبطل به قول داود أن كل الرقاب تجزىء، ولأن الله تعالى أطلق في الكفارة ذكر العتق والإطعام ثم كان عموم الإطعام مخصوصاً في أن لا يجزىء منه إلا مقدر ولا يجزىء ما انطلق عليه الاسم من إطعام لقمة وكسرة، وكذلك العتق يجب أن يكون مخصوص العموم بما يقتضيه مقصود التحرير.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فمقصود العتق في الكفارة هو تكميل الأحكام وتمليك المنفعة فأما تكميل الأحكام فهو أن يصير بالحرية جائز الشهادة ثابت الولاية ماضي التصرف. وأما تمليك المنفعة: فهوأن يصير بالحرية مالكاً لمنافع نفسه، فإن كان العتق

في غير كفارة جاز أن يكون ناقص المنافع لأنه تطوع وإن كان في كفارة وجب أن يكون كامل المنافع لأمرين:

أحدهما: أنهم أجمعوا على أن من ذوات العيوب ما يجزىء كالبرصاء والحمقاء والقبيحة والمقطوعة الخنصر أو البنصر، وأن من ذوات العيوب التي لا تجزىء العمياء والمقعدة والمقطوعة اليدين والرجلين فدلنا ذلك من إجماعهم على أنهم راعوا ما أثَّر في العمل ولم يراعوا ما أثَّر في الأثمان.

والثاني: أن المقصود من العبيد هو العمل لأنهم مرصدون لخدمة أو تكسب والنقصان من مقصود الشيء هو المؤثر فيه كالبيع لما كان مقصوده الثمن كان ما أثر في نقصانه عيباً يوجب الخيار وما لا يؤثر فيه لم يكن عيباً ولا يستحق فيه الخيار كالنكاح لما كان مقصوده الاستمتاع كان ما أثر فيه من العيوب موجباً للخيار وما يؤثر فيه لم يوجبه كذلك العتق في الكفارة لما كان مقصوده تمليك العمل كان ما أثر فيه من العيوب مانعاً من الإجزاء وما لم يؤثر فيه أجزأ، فثبت بهذين أن كل عيب أضر بالعمل إضراراً بيناً منع من الإجزاء في الكفارة وما لم يؤثر فيه لم يمنع من الإجزاء فيها.

فصل: فإذا استقر ما أصَّلناه من هذه القاعدة فمن العيوب التي لا تجزىء فيما تعلق بالعتق العمى لأنه من أبلغ النقص في الإضرار بالعمل فلا تجزىء العمياء فأما الحولاء والعمشاء والعوراء فتجزىء لأن كل ذلك غير مضر بالعمل فأما ضعف البصر فإن كان يمنع من معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع من الإجزاء وإن كان لا يمنع من ذلك أجزأ.

فصل: وأما نقص الأطراف فإن كان مقطوع اليدين أو مقطوع الرجلين فلا خلاف أنه لا يجزىء، وإن كانت إحدى يديه مقطوعة أو إحدى رجليه لم تجزه عندنا.

وقال أبو حنيفة: تجزيه وهكذا يقول فيمن قطعت إحدى يديه وإحدى رجليه من خلاف أجزأ، وإن كان من شق واحد لم تجزه لأن ذهاب أحد العضوين لم يسقط منفعة الجنس فأجزأ كالعوراء، وهذا خطأ لأن قطع إحدى اليدين مضر بالعمل إضراراً بيناً فوجب أن يمنع من الإجزاء كقطعهما معاً، ولأن أبا حنيفة موافق على أن قطع الإبهامين يمنع من الإجزاء فقطع إحدى اليدين أو الرجلين وفيهما زيادة على الإبهامين أولى أن يمنع من الإجزاء، فأما العَوَر فأجزأ لأنه غير مضر بالعمل ولا مؤثر فيه واستدلاله ببقاء منفعة الجنس يفسد عليه بقطع إحدى اليدين والرجلين من شق [واحد].

فصل: وأما قطع الأصابع فإن كان القطع في إحدى ثلاث الإبهام أو السبابة أو الوسطى فقطع إحدى هذه الثلاث مانع من الإجزاء لأن لكل واحدة منهن تأثيراً في

العمل. فإن كان القطع في إحدى إصبعين وهي الخنصر أو البنصر فقطع إحداهما لا يمنع من الإجزاء، لأنه لا يضر بالعمل إضراراً بيناً فإن قطعتا معاً نظر فإن قطعتا من يد واحدة لم تجزه وإن كانتا من يدين أجزأ.

فأما أصابع الرجل فقطع الإبهام منها مانع من الإجزاء لأن فقدها من الرجل مضر بالمشي كما أن فقدها من اليد مضر بالبطش، وأما غير الإبهام من أصابع الرجل إذا قطع أحدها من سبابة أو وسطى أو خنصر أو بنصر لم يمنع من الأجزاء بخلاف اليد لأن منافعها من الرجل متقاربة وفي اليد متفاضلة، فإن جمع بين إصبعين منهما في رجل واحدة، منع من الإجزاء، لأن اجتماعهما مضر بالمشي، وشلل الأصبع يقوم مقام قطعها وكذلك شلل اليد والرجل.

فصل: وأما قطع الأنامل فإن قطعت أنملتان من أصبع كان قطعها كقطع تلك الأصابع، فإن قطعتا من إحدى الأصابع الثلاث الإبهام أو السبابة أو الوسطى لم تجزه، وإن قطعتا من إحدى إصبعين البنصر أو الخنصر أجزأ، وإن قطع أنملة واحدة من إصبع نظر فإن كانت من الإبهام لم تجزه لأنها ذات أنملتين يذهب بإحداهما أكثر منافعها، وإن كانت من إحدى الأصابع الأربع ذوات الأنامل الثلاث أجزأ لأنه قد بقي أكثرها فبقي أكثر منافعها والله أعلم.

فصل: وأما الجب والخِصاء فلا ينفعان من الإجزاء لأنهما لا يضران بالعمل وكذلك جدع الأنف وقطع الأذن، فأما شجاج الرأس وجراح البدن فإن اندملت مع سلامه الأعضاء لم تمنع من الإجزاء وإن شانت لأنها غير مضرة بالعمل وإن لم تندمل أجزأ ما دون مأمومة الرأس وجائفة البدن لأنها غير مخوفة ولم يجز منها مأمومة الرأس وجائفة البدن، لأنهما قبل الاندمال مخوفتان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَكُونُ يَعْقِل».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن بالعقل تصح الأعمال وتستقيم الأحوال، فإن كان مجنوناً قد أطبق عليه الجنون لم يجزه لفوات عمله، وإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان نظر فإن كان زمان جنونه أكثر من زمان إفاقته لم يجزه، فإن كان زمان إفاقته أكثر من زمان جنونه نظر فإن بقي في زمان إفاقته سَدَراً مضعوفاً لا يقدر على العمل إلا بعد حين لم يجزه وإن زال عنه السدر بالإفاقة وقدر على التصرف في العمل أجزأه فأما الأبله فإن كان بله بلادة ودهش لم يجزه لتأثيره في العمل، وإن كان بله سلامة وقلة فطنة أجزأه. فأما المغمى عليه فيجزىء لأن الإغماء مرض يرجى برؤه وأما الأحمق فيجزىء وهو الذي يضع كلامه في غير موضعه فيأتي بالحسن في موضع القبيح وبالقبيح في موضع الحسن وهذا غير مضر بالعمل فأجزأ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ أَبْكَمَ أَوْ أَصَمَّ يَعْقِلُ أَوْ أَحْمَقَ أَوْ ضَعِيفَ البَطْشِ (قال) فِي القَدِيمِ الأَخْرَسُ لاَ يُجْزِىءُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ أَوْلَى بِقَوْلِهِ إِنَّهُ يُجْزِىءُ لأَنَّ أَصْلَهُ أَنَّ مَا أَضَرَّ بِالعَمَلِ ضَرَراً بَيِّناً لَمْ يَجْزِ وَإِنْ لَمْ يَضُرَّ كَذَلِكَ أَجْزَأَ (قال) وَالَّذِي يُجَنُّ وَيَفِيقُ يُجْزِىءُ وَإِنْ كَانَ مُطْبِقاً لَمْ يُجْزِىءْ وَيَجُوزُ المَرِيضُ لأَنَّهُ يُرْجَى وَالصَّغِيرُ كَذَلِكَ».

قال الماوردي: فأما الأصم فيجزىء لأن الصمم لا يؤثر في العمل وأما الأخرس فقال الشافعي في الجديد يجزىء وقال في القديم لا يجزىء فكان المزني يحمل ذلك على اختلاف قولين، وذهب سائر أصحابنا إلى أنه على اختلاف حالين واختلفوا فيهما على وجهين:

أحدهما: أن قوله في القديم لا يجزىء إذا كان أبكم قد جمع بين الخرس والصم لأنهما نقصان يضر اجتماعهما بالعمل، وقوله في الجديد أنه يجزىء إذا انفرد بالخرس دون الصم.

والثاني: أن اختلاف حاليهما أن قوله في القديم لا يجزىء محمول على أنه لا يفهم الإشارة في خرسه وقوله في الجديد يجزىء محمول على أنه يفهم الإشارة في خرسه.

وأما الضعيف البطش لضؤولة جسمه ودقة عظمه فإن ضعف بطشه قد فوت أكثر عمله لم يجزه، وإن كان قد فوت أقله أجزأه.

وأما المريض فإن كان مرجو البرء أجزأ وإن مات لأنه قلَّ ما يخلو جسم من مرض، وإن كان مخوفاً لم يجزه وإن كان عاش، وأما علو السن فإن أفضى للهرَم وذهاب البطش لم يجزه وإن كان ناهض الحركة ظاهر البطش أجزأه.

فأما الطفل الصغير فيجزىء وإن كان ابن يومه لأنه متوجه إلى الزيادة والكمال فأشبه المرض المرجو، وقد ذكرنا الفرق بينه وبين الغرة في دية الجنين.

وأما الأعرج فإن كان مقصراً في مشيه مؤثراً في حركته لم يجزه وإن كان بخلافه أجزأه ويجزىء الأغشم والأخشم وعتق غير ذي الصناعة وعتق الفاسق وولد الزنا، وقال الزهري والأوزاعي لا يجزىء عتق ولد الزنا لقول النبيّ ﷺ «ولد الزنا شر الثلاثة»[1]

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٦٣) وأحمد (٢/٣١١) والحاكم (٤/١٠٠) والطحاوي في المشكل (١/٣٩١) والبيهقي (٣/٩١) والطبراني في الكبير (١/٣٤٦).

وهذا مذهب فاسد لأن المقصود في عتق الكفارة سلامة الدين والعمل وليس ولادته من ريبة مؤثر في أحدهما فلم يمنع الإجزاء.

فأما الخبر ففيه أربعة تأويلات: ـ

أحدها: شر الثلاثة ذِكْراً لأنه يذكر أبداً أنه ولد زنا إذا سئل عن أبيه.

والثاني: شر الثلاثة نسباً لأنه لا ينسب إلى أب.

والثالث: شر الثلاثة إن كان زانياً لأنه قد يجمع بين الزنا وفساد النسب.

والرابع: أنه ذكر ذلك على طريق التعريف لأنه كان واحداً من ثلاثة وقد عرفه بالشر فقال: ولد الزنا منهم هو شرهم كما يقال: المشتمل بثوبه هو شر الجماعة لا لاشتماله بالثوب ولكن نبه عليه باشتمال الثوب. والله أعلم.

بَابُ مَنْ لَهُ الكَفَّارَةُ بِالصِّيَامِ مِنْ كِتَابَيْنِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِي** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «مَنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ وَخَادِمٌ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا وَلاَ مَا يَشْتَرِي بِهِ مَمْلُوكاً كَانَ لَهُ أَنْ يَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في كفارة الظهار والقتل على الترتيب لا يجوز أن يعدل عنه إلى الصيام إلا مع العجز عنه ويلزمه العتق مع القدرة عليه بعد وجود كفايته وإذا كان كذلك لم يخل حاله من ثلاثة أقسام: ـ

أحدها: أن لا يقدر على الرقبة ولا على قيمتها فيجوز له أن يصوم بنصّ الكتاب وإجماع الأمة.

والقسم الثاني: أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو غير محتاج إليها فعليه العتق ولا يجزيه الصوم إجماعاً.

والقسم الثالث: أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو محتاج إليها فقد اختلف الفقهاء في جواز تكفيره بالصيام على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يجوز أن يكفر بالصيام سواء وجد الرقبة أو قيمتها ولا يلزمه العتق إذا كان محتاجاً إليهما.

والثاني: وهو مذهب مالك والأوزاعي أنه لا يجزئه الصوم سواء وجد الرقبة أو قيمتها وعليه العتق وإن كان محتاجاً إليها.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه مع الحاجة إليهما يكفر بالعتق إن كان واجداً للرقبة وبالصوم إن كان واجداً للقيمة استدلالاً بقول الله تعالى **﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَام شَهْرَيْن مُتَتَابِعَيْن﴾** وهذا واجد للرقبة فلم يجزه الصوم قال: ولأنه واجد لرقبة تجزىء في الكفارة فلم يجز له الانتقال عنها إلى الصوم كما لو وجدها فاضلة عن كفايته.

واستدل مالك والأوزاعي بأن الحقوق ضربان حق الله تعالى وحق الآدميين ثم كانت حقوق الآدميين تستوفي من أصل المال ولا تقف على الفاضل عن الكفاية فحق

الله تعالى أول أن يستوفى من أصل المال ولا يقف على الفاضل عن الكفاية ودليلنا قول النبي ﷺ «ابدأ بمن تعول» فجعل ما تعلق بنفسه وعياله مقدماً على غيره فدل على أن صرفه في الكفاية أولى من صرفه في الكفارة ولأن النبي ﷺ دفع إلى الواطىء في شهر رمضان عرقاً من تمر ليطعمه ستين مسكيناً فقال: يا رسول الله والذي بعثك بالحق نبياً ما بين لابتيهـا أهل بيت أحوج إليه منا فقال: «خذه فكله» فجعله وعياله أحق به من الكفارة فدل على تعلقها بالكفاية.

فإن قيل: فلم تسقط عنه الكفارة قلنا: الكفارة عند أبي حنيفة يلزم إخراجها على الفور ولو وجبت لقدمت، ولأنها عبادة ذات بدل فوجب إذا تعلقت بالمال أن تختص بالفاضل عن قدر الكفاية كالطهارة إذا احتاج إلى الماء لعطشه جاز له التيمم مع وجوده، وإن شئت عللت بغير هذه العلة فقلت: لأن حاجته تستغرق ما معه فوجب أن يكون كالعادم في الانتقال إلى البدل أصله ما ذكرنا من خائف العطش في الطهارة، ولأن القدرة على البدل في حكم القدرة على البدل فلما تعلقت القدرة على قيمة الرقبة بالفاضل عن الكفاية وجب أن تكون القدرة على الرقبة متعلقة بالفاضل عن الكفاية. فأما الجواب عن قياسهم على وجودها فاضلة عن كفايته فهو أن المعنى فيه أنه لم تستغرق حاجته.

وأما الجواب عن جمع مالك بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة من بيع أو إجارة أو صداق أو قرض أو أرش جناية فأكدت وحقوق الله تعالى تجب ابتداء فخففت.

والثاني: أن لحق الله تعالى في الكفارة بدلاً فكان أخف وليس لحق الآدمي بدل فكان أغلظ.

والثالث: أن حق الله تعالى أوسع ولذلك تعلقت الزكاة بمال دون مال وحق الآدمي أضيق فلذلك تعلق بكل مال.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من تعلق العتق بوجود الفاضل عن الكفاية فمن كفايته الثياب التي يلبسها لأنه لا غنى لأحد عنها، وداره التي يسكنها لأنه لا يجد بداً منها، وأما رقبة يستخدمها فإن كان محتاجاً إلى الخدمة لزمانة أو لم تجر عادة مثله إلا بالخدمة فالرقبة من عبد أو أمة من جملة كفايته فإن كان غير محتاج إليها ولم تجر عادة مثله بالخدمة ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تضاف إلى كفايته وتكون فاضلة عنه يلزمه التكفير بها.

والثاني: أنها من كفايته لكونها من كفاية غيره ولأن من يخدم نفسه فلعدم القدرة على من يخدمه. وأما المادة فهي من كفايته التي لا يستغني عنها ولا يلزم بدنه إلا بها وهي من إحدى ثلاث جهات إما من استغلال عقار أو ربح تجارة أو كسب صناعة. فأما استغلال العقار فقد يكون تارة أرضاً تزرع وتارة شجراً تستثمر وتارة أبنية تؤاجر، ومثله أن يكون ماشية تحتلب، فإن ملك من هذه الأصول ما تكونه غلته وفق كفايته من غير زيادة كانت هذه الأصول من جملة كفايته فيجزيه الصوم ولا يلزمه العتق. وإن ملك منها ما غلته أكثر من كفايته كانت زيادتها خارجة عن كفايته، فإن بلغت زيادة أصولها قيمة الرقبة كفر بالعتق دون الصوم وإن نقصت عن قيمة الرقبة كفر بالصوم ولا يحل له أخذ الزكاة. وأما ربح التجارة فإن كان يملك من رأس المال ما يكون ربحه وفق كفايته كان رأس المال من جملة الكفاية ويكفر بالصوم دون العتق، وإن كان رأس المال زائداً عن القدر الذي يكتفي بربحه كانت الزيادة خارجة عن كفايته فيصرفها في عتق كفارته.

وأما كسب الصناعة فإن كان وفق الكفاية كفر بالصوم ولم يحل له أخذ الزكاة، وإن كان أكثر من الكفاية نظر في زيادة الكسب فإن قلّت وكانت لا تجتمع فتبلغ قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير عن وقته لم يلزمه جمعها للعتق وجاز أن يكفر بالصوم، وإن كان إذا جمعت في قليل الزمان الذي لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير بلغت قيمة الرقبة كثلاثة أيام وما قاربها ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق وجهان:

أحدهما: يلزمه جمعها والتكفير بالعتق لأنه قادر عليه في زمان لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير فصار كالقادر عليها في الوقت.

والوجه الثاني: وهو أشبه أنه لا يلزمه جمعها للعتق ويجوز أن يكفر بالصوم لأنه في وقت الوجوب غير قادر على العتق فعلى هذا إن لم يدخل في الصوم حتى جمع فاضل الكسب فبلغ قيمة الرقبة ففيه قولان:

أحدهما: يكفر بالعتق اعتباراً بوقت الأداء.

والقول الثاني: يكفر بالصوم اعتباراً بوقت الوجوب.

فصل: وإن كان له مسكن يزيد على مسكن مثله وخادم يزيد على خادم مثله وثياب تزيد على ثياب مثله نظر في الزيادة فإن لم تبلغ قيمة الرقبة لم يلزمه الاستبدال بذلك وجاز أن يكفر بالصوم، وإن بلغت زيادة أثمانها قيمة الرقبة لزمه الاستبدال بها وباع مسكنه أو خادمه أو ثيابه واشترى من أثمانها مسكن مثله وخادم مثله وثياب مثله وصرف فاضل الأثمان في التكفير بالعتق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْ عُذْرٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ صَامَ تَطَوُّعاً أَوْ مِنَ الأَيَّامِ الَّتِي نَهَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ عَنْ صِيَامِهَا اسْتَأْنَفَهُمَا مُتَتَابِعَيْنِ وَقَالَ فِي كِتَابِ القَدِيمِ إِنْ أَفْطَرَ المَرِيضُ بَنَى وَاحْتَجَّ فِي القَاتِلَةِ الَّتِي عَلَيْهَا صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ إِذَا حَاضَتْ أَفْطَرَتْ فَإِذَا ذَهَبَ الحَيْضُ بَنَتْ وَكَذَلِكَ المَرِيضُ إِذَا ذَهَبَ المَرَضُ بَنَى (قَالَ) المزني رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ مُنْذُ دَهْرٍ يَقُولُ: إِنْ أَفْطَرَ بَنَى (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَإِنَّ هَذَا لَشَبِيهٌ لأَنَّ المَرَضَ عُذْرٌ وَضَرُورةٌ والحَيْضُ عُذْرٌ وَضَرُورَةٌ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يَفْطِرُ بِهِمَا فِي شَهْرِ رَمَضَانَ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عليه أن يصوم في الظهار شهرين متتابعين لقول الله تعالى ﴿**فصيام شهرين مُتَتَابِعَيْن**﴾ كذلك في كفارة القتل بالوطء في شهر رمضان فإن أفطر فيهما فعلى ضربين بعذر أو غير عذر.

فإن أفطر بغير عذر انقطع التتابع وبطل به ما تقدم من الصوم ولزمه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين؛ لأنه أمر بالصوم على صفة فإذا كان بخلاف الصفة لم يقع موقع الإجزاء، وكذلك لو صام في تضاعيف الشهرين تطوعاً أو عن نذر أو قضاء بطل به التتابع وإن كان صائماً لأن التتابع مستحق لصوم الظهار لا لغيره فإذا تخلله غيره زال عنه صفته المستحقة فبطل به التتابع وجرى صومه عن غيره مجرى فطره في حكم صوم الظهار، وإن اعتد بما نواه من الصيام وكان عليه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين؛ لأن بطلان التتابع قد أفسد ما تقدمه من الصوم وإن أفطر بعذر فالأعذار ضربان:

أحدهما: ما اختص به في نفسه.

والثاني: ما اختص بالزمان.

فأما ما اختص به في نفسه فالأعذار التي يفطر بها في صومه ستة أعذار:

أحدها: الحيض وهذا لاختصاصه بالنساء لا يكون في صوم الظهار لاختصاص صوم الظهار بالرجال دون النساء ولكنه يكون في صوم كفارة القتل والوطء في صوم رمضان والصوم في هذه الكفارات الثلاث واحد لاستحقاق التتابع في الشهرين المستحقين فبدأ بالحيض، لأنه أصل يبنى عليه حكم غيره من الأعذار، فإذا وجد الحيض في صوم الشهرين المتتابعين بطل به الصوم في زمانه لاستحقاقه الفطر به ومنافاة الصوم له ولم يبطل به التتابع ولا ما تقدم به من الصوم وجاز البناء بعد انقطاع الحيض على ما تقدم من الصوم لأربعة معان:

أحدهما: لأنه فطر بعذر فخالف حكم الفطر بغير عذر.

والثاني: أنه سبب وقع بغير اختيار فخالف حكم الفطر عن اختيار.

والثالث: أن زمانه ينافي الصوم فأشبه الليل وخالف الزمان الذي لا ينافي الصوم.

والرابع: أنها لا تقدر في الأغلب من عادات النساء أن تصوم شهرين لا حيض فيهما فلم تكلف ما لا قدرة لها عليه، وكذلك فطرها بالنفاس لا يقطع به التتابع وقد كان يقتضي على التعليل الرابع أن يبطل به التتابع لأنه ليس بغالب وتقدر على صوم شهرين لإنفاس فيهما وإن لم تقدر على صوم شهرين لا حيض فيهما لكن حكم النفاس ملحق بالحيض فأجرى عليه حكمه وإن أخل ببعض علله.

والعذر الثاني: المرض وهو مبني على الحيض فإذا أفطر به في صوم الشهرين ففي بطلان تتابعه قولان: -

أحدهما: قاله في القديم واختاره المزني أنه لا يبطل به يجوز البناء تعليلاً بمعنيين من الأربعة:

أحدهما: أنه فطر بعذر.

والثاني: إن سببه واقع بغير اختيار.

والقول الثاني: قاله في الجديد أن التتابع قد بطل تعليلاً بمعنيين من الأربعة.

أحدهما: إن المرض لا ينافي الصوم بخلاف الحيض لأن الصوم في المرض مجزىء وفي الحيض غير مجزىء.

والثاني: أنه يمكن في الأغلب صوم شهرين لا مرض فيهما ولا يمكن في الأغلب صوم شهرين لا حيض فيهما.

والعذر الثالث: الفطر بالسفر وهو مبني على الفطر بالمرض.

فإن قيل: إن الفطر بالمرض يقطع التتابع كان الفطر بالسفر أولى أن يقطع التتابع لوجود علتين وهما أنه لا ينافي الصوم وأنه يمكن في الأغلب خلوه من السفر.

فإن قيل: إن المرض لا يبطل التتابع لعلتين فهل يبطله الفطر بالسفر أم لا على قولين لاختلاف العلتين:

أحدهما: لا يبطل التتابع تعليلاً بأنه فطر بعذر فاستويا.

والقول الثاني: يبطل التتابع تعليلاً بأنه سبب وقع باختيار فخالف المرض الواقع بغير اختيار.

والعذر الرابع: الفطر بالجنون والإغماء وهو مبني على الفطر بالمرض فإن قيل: إنه لا يبطل التتابع كان الفطر بالجنون بالإغماء أولى أن لا يبطل التتابع لوجود علتيه وهما: العذر ووقوع سببه بغير اختيار.

وإن قيل: إن الفطر بالمرض يبطل التتابع بعلتين فهل يبطله الفطر بالجنون والإغماء أم لا على قولين:

أحدهما: يبطله تعليلاً بإمكان خلوه في الأغلب من صوم الشهرين.

والقول الثاني: لا يبطله تعليلاً بأنه ينافي الصوم كالحيض ولا ينافيه المرض بخلاف الحيض فصار المرض موافقاً للحيض في علتين ومخالفاً له في علتين فلذلك كان على قولين، والسفر موافق للحيض في علة واحدة ومخالف له في ثلاث علل فلذلك كان أضعف من المرض والجنون، والإغماء موافق للحيض في ثلاث علل ومخالف له في علة واحدة فلذلك كان أقوى من المرض.

والعذر الخامس: الحامل والمرضع إذا أفطرتا بالحمل والرضاع فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون لخوف على أنفسهما فهو كالفطر بالمرض فيكون بطلان التتابع به على قولين.

والضرب الثاني: أن يكون لخوفهما على أولادهما فإن قيل: فالخوف على النفس يبطل التتابع فهذا أولى لوجود علتين، وإن قيل: إن الخوف على النفس لا يبطل التتابع لعلتين فهذا على وجهين:

أحدهما: أنه لا يبطل تعليلاً بأنه فطر بعذر.

والثاني: يبطل تعليلاً بأنه سبب وقع عن اختيار فصار القول فيه كالقول في السفر.

والعذر السادس: الإكراه وهو ضربان:

أحدهما: أن يكره على الأكل بأن يوجر في حلقه كرهاً فلا يفطر. وهو على صومه وتتابعه.

والضرب الثاني: أن يكره بالضرب وما يصير به مكرهاً ليأكل فيأكل مكرهاً عليه بالضرب ففي فطره بذلك قولان من اختلاف قوله في الحالف إذا أكره على الحنث هل يصير حانثاً أم لا على قولين:

أحدهما: أنه لا يحنث في يمينه ولا يفطر في صومه فعلى هذا هل يكون على تتابعه أم لا؟ على قولين لوجود علتين وعدم علتين كالمرض:

أحدهما: لا يبطل لأنه عذر ولأن سببه عن غير اختيار.

والقول الثاني: يبطل لأنه لا ينافي الصوم ولإمكان خلو الصوم منه.

فأما الأكل ناسياً فلا يفطر لأن التحرز منه غير ممكن ولأن وجود مثله في القضاء لا يؤمن وإذا كان على صومه كان على تتابعه.

فصل: وأما الأعذار المختصة بالزمان فأربعة: ـ

أحدهما: شهر رمضان يمنع من صوم غيره فيه.

والثاني: يوم الفطر ويمنع من جميع الصيام فيه.

والثالث: يوم النحر وهو كيوم الفطر يمنع من جميع الصوم.

والرابع: أيام التشريق الثلاثة لا يجوز صيامها تطوعاً وفي جواز صومها في كفارة التمتع قولان: ـ

أحدهما: وهو قوله في القديم يجوز لقول الله تعالى ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦].

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد لا يجوز لقول النبي ﷺ «إنها أيام أكل وشرب وبعال فلا تصوموا» فإن منع من صومها في المتع منع منها في كل صوم وكانت كيوم الفطر ويوم النحر، وإن جوز صومها في التمتع ففي جواز صومها في غيره من واجبات الصوم وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا لا يجوز لعموم تحريمها واستثناء التمتع منه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن جواز صومها في التمتع موجب لجواز ذلك في كل صوم له سبب، وإذا كان كذلك فاثنان من هذه الأربعة يختصان بقطع صوم الظهار وهما صوم شهر رمضان وصوم يوم النحر لأنه ليس يتقدمهما ما يقطع الصوم فصارا قاطعين للصوم، أما صوم رمضان فلأنه لا يجزىء عن صوم الظهار لأنه إن نوى صوم الظهار لم يجزه عنه لأن الزمان يمنع منه، وإن نوى عن رمضان أجزأه عن رمضان، لأنه نواه ولم يجز عن الظهار، وأما يوم النحر فلمنافاته كل الصيام بوجوب الفطر فيه ثم يقطعان التتابع لأنه أدخل ذلك على صومه باختياره لإمكان تقديمه عليهما فصار كالمفطر بغير عذر. وأما يوم الفطر وأيام التشريق فلا يصح أن ينقطع الصوم بهما، أما يوم الفطر فيتقدمه شهر رمضان المختص بقطع الصوم وأما أيام التشريق فيتقدمها يوم النحر المختص بقطع الصوم فلذلك لم يصر هذان الصومان مختصين بقطع صوم الظهار بوجودهما في تضاعيف ولكن يجوز أن يختصا بمنع ابتداء

صوم الظهار، فإن صام أول شوال حتى دخل في صومه يوم الفطر لم يعتد به وحده وبنى على ما بعده حتى يستكمل صوم شهرين متتابعين، وأما أيام التشريق إذا ابتدأ بها في صوم ظهاره فإن قيل بمذهب أبي إسحاق المروزي أنه يجوز صومها فيما له سبب جاز صومها في كفارة الظهار ولم يمنع ابتداء الصيام وجاز له البناء عليها، وإن قيل: لا يجوز صومها فيما له سبب وما لا سبب له منعت ابتداء الصيام وجاز البناء على ما بعدها حتى يستكمل صوم شهرين متتابعين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا صَامَ بِالأَهِلَّةِ صَامَ هِلَالَيْنِ وَإِنْ كَانَ تِسْعَةً أَوْ ثَمَانِيَةً وَخَمْسِينَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وليس يخلو حاله في صوم الشهرين من أحد أمرين إما أن يبتدىء في أول الهلال أو في تضاعيفه، فإن بدأ به في أوله واستهل الشهر بصومه فعليه أن يصوم هلالين لأن شهور الشرع هي الشهور الهلالية لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] وشهور الأهلة قد تكمل تارةً فتكون ثلاثين يوماً وتنقص أخرى فتكون تسعة وعشرين يوماً وحكم الشهر ينطلق على كل واحد منهما مع زيادته ونقصه، روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه العشر» يعني ثلاثين يوماً ثم قال: «والشهر هكذا وهكذا وهذا وأشار بأصابعه العشر وثنى إبهامه في الثالثة كأنها عقد خمسين يعني تسعة وعشرين» وقالت عائشة ـ رضي الله عنها ـ «صمنا مع رسول الله ﷺ تسعة وعشرين أكثر مما صمنا ثلاثين» فإن كان شهرا صومه كاملين صام ستين يوماً وإن كانا ناقصين صام ثمانية وخمسين يوماً، وإن كان أحدهما كاملاً والآخر ناقصاً صام تسعة وخمسين يوماً.

فصل: وإن ابتدأ بالصوم في تضاعيف الشهر كأنه بدأ بالصوم وقد مضى منه عشرة أيام فكان أول صومه الحادي عشر فيصوم باقيه ثم ينظر فيه فإن كان كاملاً وكان باقيه عشرين يوماً صام الشهر الذي بعده ما بين هلالين كاملاً كان أو ناقصاً ثم صام من الشهر الثالث عشرة أيام يستكمل بها الشهر الأول وقد أكمل بها صوم الشهرين، وإن كان الشهر الأول ناقصاً وكان باقيه تسعة عشر يوماً صام من الشهر الثالث أحد عشر يوماً يستكمل بها الشهر الأول ثلاثين يوماً اعتباراً بكماله دون نقصانه..

وقال أبو حنيفة رحمه الله يصوم من الشهر الثالث عشرة أيام هي عدة ما مضى من الشهر الأول قبل صومه لأن الشهر الناقص لا يلزم تكميله كما لو ابتدأ بالصوم من أوله وهذا فاسد لأن الشهر إذا فات هلاله وجب عدده وإذا عد وجب أن يستكمل ثلاثين يوماً لقول النبي ﷺ «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غُم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين»

ولأن يعد ما صام أولى من أن يعد ما لم يَصُم وقد صام تسعة عشر يوماً، وإن ترك من أوله عشرة أيام فوجب أن يصوم أحد عشر يوماً ليكمل بها ثلاثين يوماً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُجْزِئُهُ حَتَّى يُقَدِّمُ نِيَّةَ الصَّوْمِ قَبْلَ الدُّخُولِ».

قال الماوردي: النية في صوم الظهار مستحقة قبل الفجر لأنه صوم واجب وعليه أن يجدد النية لكل يوم وإن كان تتابع الصوم مستحقاً كما يلزمه تجديد النية لكل يوم من شهر رمضان، وهل يلزمه مع نية الصوم أن ينوي التتابع أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن عليه أن ينوي في كل ليلة تتابع الصوم كما كان عليه أن ينوي الصوم لأنه مأمور بالتتابع كما هو مأمور بالصوم ثم كانت نية الصوم واجبة فكذلك نية التتابع، فإن نوى الصوم ولم ينو التتابع لم يجزه ولأنه لما كان متابعة صلاتي الجمع لا تصح إلا بنية الجمع كذلك متابعة صوم الكفارة لا تصح إلا بنية المتابعة.

والوجه الثاني: عليه نية التتابع في الليلة الأولى ولا يلزمه تجديد النية في كل ليلة بخلاف نية الصوم لأنه يخرج من الصوم بخروج اليوم فلزمه تجديد نية الصوم، ولا يخرج من التتابع بخروج اليوم فلم يلزمه تجديد نية التتابع.

والوجه الثالث: لا يلزمه نية التتابع بحال لا في جميعه ولا في أوله لأن تتابع الصوم من شروطه وأحكامه والعبادة إذا تضمنت شروطاً وأحكاماً أجزأت النية لها عن النية لشروطها وأحكامها كالنية للصلاة تغني عن أن ينوي ما تضمنها من ركوع وسجود وشروط.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ نَوَى صَوْمَ يَوْمٍ فَأَغْمِيَ عَلَيْهِ فِيْهِ ثُمَّ أَفَاقَ قَبْلَ اللَّيْلِ أَوْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَطْعَمْ أَجْزَأَهُ إِذَا دَخَلَ فِيْهِ قَبْلَ الفَجْرِ وَهُوَ يَعْقِلُ فَإِنْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ قَبْلَ الفَجْرِ لَمْ يُجْزِئْهُ لأَنَّهُ لَمْ يُدْخُلْ فِي الصَّوْمِ وَهُوَ يَعْقِلُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ مَنْ أَصْبَحَ نَائِماً فِي شَهْرِ رَمَضَانَ صَامَ وَإِنْ لَمْ يَعْقِلْهُ إِذَا تَقَدَّمَتْ نِيَّتُهُ (قال) وَلَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ فِيْهِ وَفِي يَوْمٍ بَعْدَهُ وَلَمْ يَطْعَمِ اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ لأَنَّ فِي اليَوْمِ الَّذِي أُغْمِيَ عَلَيْهِ فِيْهِ كُلَّهُ غَيْرَ صَائِمٍ وَلاَ يُجْزِئْهُ إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ كُلَّ يَوْمٍ مِنْهُ عَلَى حِدَتِهِ قَبْلَ الفَجْرِ لأَنَّ كُلَّ يَوْمٍ مِنْهُ غَيْرُ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: أما الجنون فيبطل الصوم سواء كان في جميع اليوم أو في بعضه لأنه يسقط التكليف وينافي العبادة.

وأما الإغماء فإن استدام في جميع اليوم أبطله، وإن لم يبطل بالنوم.

وقال المزني: لا يبطل بالإغماء كما لا يبطل بالنوم.

وقال أبو سعيد الاصطخري: يبطل بالنوم كما يبطل بالإغماء.

والفرق بينهما أصح وهو أن النوم صحة معتادة إذا نبه معها تنبه فجرى عليه حكم اليقظة في صحة الصوم والإغماء مرض يزيل التمييز ويفارق الشهوة ويفارق العادة ولا ينتبه إذا نبه فصار بالجنون أشبه، فأما إذا أغمي عليه في بعض اليوم وأفاق في بعضه فالذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع من كتاب الظهار أنه إن كان مفيقاً في أول اليوم وعند طلوع فجره لم يفسد صومه بحدوث الإغماء من بعده لأنه دخل في الصوم وهو يعقل، وإن كان أغمي عليه في أول اليوم وعند طلوع فجره فسد صومه، وإن أفاق من بعده لأنه دخل فيه وهو لا يعقل.

وقال في كتاب الصيام إن أفاق في بعض يوم صح يومه.

وقال في اختلاف العراقيين ولو حاضت أو أغمي عليها بطل صومها فخرج أصحابنا اختلاف هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يبطل الصوم بوجود الإغماء في بعضه كالجنون.

والقول الثاني: أنه لا يبطل الصوم بالإغماء إذا وجدت الإفاقة في بعضه كالنوم.

والقول الثالث: إن كانت الإفاقة في أوله لم يبطل بحدوث الإغماء في باقيه وإن كان الإغماء في أوله لم يصح بحدوث الإفاقة في باقيه.

وقال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي لا يصح صومه مع الإغماء إلا أن توجد الإفاقة في طرفيه في أوله عند الدخول وفي آخره عند الخروج اعتباراً بوجود القصد في أول العبادة وآخرها كما تلزم النية في الصلاة مع الدخول فيها والخروج منها. فمن أصحابنا من جعل هذا قولاً رابعاً للشافعي وأنكر الأكثرون منهم تخريجه قولاً للشافعي وجعلوه مذهباً لهما وفرقوا بين أول الصوم وآخره بأن أول الصوم تعتبر فيه النية فاعتبرت فيه الإفاقة وآخره لا تعتبر فيه النية فلم تعتبر فيه الإفاقة وقد مضت هذه المسألة في كتاب الصيام مستوفاة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَامَ شَهْرَ رَمَضَان فِي الشَّهْرَيْنِ أَعَادَ شَهْرَ رَمَضَانَ وَاسْتَأْنَفَ شَهْرَيْنِ (قال) وَأَقَلَّ مَا يَلْزَمُ مَنْ قَالَ إِنَّ الجِمَاعَ بَيْنَ ظَهْرَانِي الصَّوْمِ يُفْسِدُ الصَّوْمَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ أَنْ يَزْعُمَ أَنَّ الكَفَّارَةَ بِالصَّوْمِ وَالعِتْقِ لَا يُجْزِئَانِ بَعْدَ أَنْ يَتَمَاسَّا (قال) وَالَّذِي صَامَ شَهْراً قَبْلَ التَّمَاس وَشَهْراً بَعْدَهُ أَطَاعَ اللَّهَ فِي

شَهْرٍ وَعَصَاهُ بِالجِمَاعِ قَبْلَ شَهْرٍ يَصُومُهُ وَإِنَّ مَنْ جَامَعَ قَبْلَ الشَّهْرِ الآخَرِ مِنْهُمَا أَوْلَى أَنْ يَجُوزَ مِنَ الَّذِي عَصَى اللَّهَ بِالجِمَاعِ قَبْلَ الشَّهْرَيْنِ مَعاً».

قال الماوردي: لا يخلو إذا صام شهر رمضان في شهري الظهار من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدم شهر رمضان في أول صومه فيصوم شهر رمضان وشوال فلا يجزيه شهر رمضان عن كفارته ولا يوم الفطر من شوال وبنى على ما بعده من شوال حتى يستكمل صوم شهرين وعليه أن يقضي رمضان إن كان قد نواه عن كفارته.

والحالة الثانية: أن يؤخر رمضان في آخر صومه فيصوم شعبان ورمضان فلا يجزيه صومهما أما رمضان فلأنه زمانه يمنع من إيقاع غيره فيه وأما شعبان فلأن رمضان قد أبطل تتابعه وعليه أن يقضي صوم رمضان ويستأنف صوم شهرين عن كفارته.

والحالة الثالثة: أن يكون شهر رمضان في وسط صومه كأنه صام من نصف شعبان إلى نصف شوال فيعتد من شوال بما بعد يوم الفطر منه ويبني عليه تمام شهرين ولا يعتد بما صام من شعبان لقطع تتابعه بشهر رمضان ويعيد صوم رمضان لأنه صامه عن الظهار والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنَّمَا حُكْمَهُ فِي الكَفَّارَاتِ حَيْنَ يُكفِّرُ كَمَا حُكْمُهُ فِي الصَّلاَةِ حِينَ يُصَلِّي».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن كفارة الظهار والقتل والوطء في شهر رمضان متماثلة وأن أبدالها مرتبة يلزم فيها العتق ولا يعدل عنه إلى الصوم إلا بالإعسار ولا يعدل عن الصوم إلى الإطعام إلا بالعجز. وإذا كان كذلك فقد اختلف قول الشافعي هل يراعى بالكفارة حال الوجوب أو حال الأداء على ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع من كتاب الظهار أن المراعى به حال الأداء وبه قال أبو حنيفة: ووجهه شيئان:

أحدهما: أنه حق له بدل من غير جنسه فوجب أن يعتبر بحال أدائه لا حال وجوبه كالطهارة لأنها إذا وجبت عليه وهو واجد للماء فلم يستعمله حتى عدمه جاز أن يتيمم ولو وجبت عليه وهو عادم للماء فلم يتيمم حتى وجد الماء وجب عليه أن يستعمله اعتباراً بحال الأداء في الحالين.

والثاني: أنه فرض يجوز له فعله بحسب حاله فوجب أن يكون معتبراً بأدائه

كالصلاة لأنها لو وجبت عليه وهو صحيح فلم يصل حتى مرض صلى صلاة مريض ولو وجبت عليه وهو مريض فلم يصل حتى صح صلى صلاة صحيح.

والقول الثاني: قاله في الأيمان أن المراعى بها حال الوجوب ووجهه قول الله تعالى ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَام شَهْرَيْن مُتَتَابِعَيْن﴾ وهذه عبارة عما مضى فدل على اعتبار حال الوجوب، ولأن الحدود كفارات، لقول النبي ﷺ «الحدود كفارات لأهلها» وقد ثبت أن المعتبر بالحدود حال الوجوب لأنه لو زنى بكراً فلم يحد حتى أحصن حُدَّ حَدَّ البكر ولو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق حُدَّ حَدَّ العبيد، وتجويز ذلك قياساً أنه حق وجب باسم التكفير فوجب أن يعتبر به حال الوجوب كالمحدود، ولأن المال إذا ثبت في الذمة لم يسقط بالإعسار كالديون والزكوات، ولأن وجوب الكفارة يقتضي أن يكون على صفة معلومة لامتناع وجوب ما لا يعلم صفته، والحال صفتها يمنع من الانتقال عنها لأنه يكون بدلاً وفسخاً لا يثبت إلا بدليل.

والقول الثالث: أن المراعى بها أغلظ أحواله من وقت الوجوب إلى وقت الأداء ووجهه أنه حق متوسع الوقت يثبت في الذمة بوجود المال فوجب أن يعتبر بأغلظ الأحوال كالحج، ولأن وجوب الكفارة تغليظ فوجب أن لا تنفك في أحوالها عن التغليظ والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقاويل الثلاثة فلا يخلو حاله من حين عوده في ظهاره إلى وقت تكفيره من ستة أحوال:

أحدها: أن يكون موسراً بالعتق في أحواله كلها ففرضه العتق على الأقاويل كلها لأنه من أهله في الأحوال كلها.

والحالة الثانية: أن يكون معسراً بالعتق في أحواله كلها فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون معسراً في كل البلاد ففرضه الصوم على الأقاويل كلها، لأنه من أهله في الأحوال كلها.

والضرب الثاني: أن يكون معسراً في بلد تكفيره موسراً في غيره فالكفارات المختلفة باليسار والإعسار تنقسم قسمين:

أحدهما: ما كان محله معيناً مثل كفارة التمتع بالحج فإذا كان معسراً بمكة موسراً في غيرها أجرى عليه حكم المعسر في جواز صوم اعتباراً بمكانه.

والقسم الثاني: ما كان محله غير معين فهو على ضربين:

أحدهما: أنه يجوز تأخيره ولا يلحقه بتأخيره ضرر مثل كفارة القتل والحنث

فيجري عليه حكم الموسر فلا يجوز أن يكفر بالصوم وإن لم يقدر على العتق في موضعه لأنه قادر عليه في غير موضعه وليس في تأخيره حرج ولا ضرر.

والضرب الثاني: أن يجوز تأخيره لكن يلحقه فيه ضرر مثل كفارة الظهار قد يلحقه في تأخيرها ضرر وإن جاز لما عليه من اجتناب الوطء قبل التكفير ففيه وجهان: ـ

أحدهما: يجري عليه حكم الموسر في التكفير بالعتق لأنه قادر عليه إذا وصل إليه.

والوجه الثاني: يجري عليه حكم المعسر في التكفير بالصوم لما يلحقه من الضرر في تأخير التكفير.

والحالة الثالثة: أن يكون موسراً عند العود معسراً عند الأداء. فإن قيل: الاعتبار بوقت الوجوب أو بأغلظ الأحوال ففرضه العتق.

وإن قيل: الاعتبار بوقت الأداء ففرضه الصوم وإن أعتق أجزأه لأن العتق أغلظ من التكفير بالصوم.

والحالة الرابعة: أن يكون معسراً وقت العود موسراً عند التكفير فإن قيل: إن الاعتبار بوقت الأداء أو بأغلظ الأحوال ففرضه العتق، وإن قيل: إن الاعتبار بوقت الوجوب ففرضه الصوم.

والحالة الخامسة: أن يكون موسراً في الطرفين وقت الوجوب وعند التكفير ومعسراً في الوسط ففرضه على الأقاويل كلها العتق لأنه وقت الوجوب موسراً وعند الأداء موسر وأغلظ الأحوال اليسار.

والحال السادسة: أن يكون معسراً في الطرفين موسراً في الوسط، فإن قيل: إن الاعتبار بوقت الوجوب أو بوقت الأداء ففرضه الصوم، وإن قيل: إن الاعتبار بأغلظ الأحوال ففرضه العتق لأنه أغلظ أحواله والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَخَلَ فِي الصَّوْمِ ثُمَّ أَيْسَرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَمْضِيَ عَلَى الصِّيَامِ وَالاخْتِيَارُ لَهُ أَنْ يَدَعُ الصَّوْمَ وَيَعْتِقَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا دخل المكفر في الصيام لاستدامة الإعسار ثم أيسر في تضاعيف صومه جاز أن يتم صومه ويجزئه عن كفارته فإن قطع صومه وكفر بالعتق كان أفضل كالمتيمم إذا رأى الماء في تضاعيف صلاته كان مخيراً بين إتمامها وبين الخروج منها واستئنافها بالوضوء.

وبه قال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة والثوري والمزني يلزمه قطع صومه والتكفير بالعتق وكذلك المتيمم إذا رأى الماء في صلاته لزمه الخروج منها واستئنافها بالوضوء وقد مضى الكلام في المتيمم في كتاب الطهارة وهو أصل في الكفارة ومضى الكلام في الكفارة في كتاب الحج إذا أيسر المتمتع في تضاعيف صومه تمم صومه وأجزأه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله إن أيسر في صوم الثلاثة كفر بالدم وإن أيسر في صوم السبعة جاز أن يبني على الصوم.

وقال المزني: يكفر بالدم سواء أيسر في صوم الثلاثة أو السبعة لكن نقتصر على بعض الأدلة لما قد أورده المزني هاهنا من الأسئلة.

والدليل على ذلك قول الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ فأوجب العتق فيه على من إن لم يجده صيام شهرين، وهذا قبل الدخول في الصوم فاقتضى أن لا يجب عليه العتق بعد الدخول في الصوم، ولأنه شرع في الصوم بالإعسار فلم يلزمه الانتقال بحدوث اليسار كما لو أيسر في صوم السبعة ولأن كل معسر لا يلزمه استئناف الصوم لم يلزمه بحدوث اليسار الرجوع إلى بدل الصوم أصله إذا أيسر بعد استكمال الصوم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ الصَّوْمُ فَرْضَهُ مَا جَازَ اخْتِيَارُ إِبْطَالِ الفَرْضِ وَالرَّقَبَةُ فَرْضٌ وَإِنْ وَجَدَهَا لاَ غَيْرَهَا كَمَا أَنَّ الوُضُوءَ بِالمَاءِ فَرْضٌ إِذَا وَجَدَهُ لاَ غَيْرَهُ وَلاَ خِيَارَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ فَلاَ يَخْلُو الدَّاخِلُ فِي الصَّوْمِ إِذَا وَجَدَ الرَّقَبَةَ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَاهُ المُتَقَدِّمِ فَلاَ فَرْضَ عَلَيْهِ إِلاَّ الصَّوْمُ فَكَيْفَ يُجْزِئُهُ العِتْقُ وَهُوَ غَيْرُ فَرْضِهِ أَوْ يَكُونَ صَوْمُهُ قَدْ بَطَلَ لِوُجُودِ الرَّقَبَةِ فَلاَ فَرْضَ إِلاَّ العِتْقُ فَكَيْفَ يَتِمُّ الصَّوْمُ فَيُجْزِئُهُ وَهُوَ غَيْرُ فَرْضِهِ فَلَمَّا لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ أَدَّى فَرْضَهُ ثَبَتَ أَنَّ لاَ فَرْضَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ صَوْمِهِ كَمُعْتَدَّةٍ بِالشُّهُورِ فَإِذَا حَدَثَ الحَيْضُ بَطَلَتِ الشُّهُورِ وَثَبَتَ حُكْمُ الحَيْضِ عَلَيْهَا وَلَمَّا كَانَ وُجُودُ الرَّقَبَةِ يُبْطِلُ صَوْمَ الشَّهْرَيْنِ كَانَ وُجُودُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الشُّهُورِ يُبْطِلُ مَا بَقِيَ مِنَ الشُّهُورِ وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ الرَّقَبَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ بَطَلَ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّهْرَيْنِ. وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهَذَا المَعْنَى زَعَمَ فِي الأَمَةِ تُعْتَقُ وَقَدْ دَخَلَتْ فِي العِدَّةِ أَنَّهَا لاَ تَكُونُ فِي عِدَّتِهَا حُرَّةً وَتَعْتَدُّ عِدَّةَ أَمَةٍ وَفِي المُسَافِرِ يَدْخُلُ فِي الصَّلاَةِ ثُمَّ يُقِيمُ لاَ يَكُونُ فِي بَعْضِ صَلاَتِهِ مُقِيماً وَيَقْصُرُ ثُمَّ قَالَ وَهَذَا أَشْبَهُ بِالقِيَاسِ (قال المزني) فَهَذَا مَعْنَى مَا قُلْتُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: فأما المزني فإنه أعرض لنصرة مذهبه بخمسة أسئلة:

أحدها: أن قال لو كان الصوم فرضه ما جاز إبطال الفرض والتكفير بالعتق في جواز ذلك دليل على وجوب العتق دون الصوم.

والجواب عنه: أن فرض الصوم تخفيف والعتق تغليظ وإسقاط الأخف بالأغلظ يجوز كما أن فرض لواجد للماء بأكثر من ثمنه التيمم ولو اشترى الماء وتوضأ به أجزأه وإن لم يكن فرضه، والمريض فرضه في الصلاة القعود ولو تحمل المشقة في قيامه أجزأه كما أن المعسر في الكفارة فرضه الصوم ولو استدان وأعتق أجزأه العتق كذلك إذا أيسر في تضاعيف الصوم.

والسؤال الثاني: أن قال الفرض في كفارة الظهار على الترتيب وإذا خير بين إتمام الصوم والعتق جعلت على التخيير وفي هذا إحالة فرض وتغيير نص.

والجواب عنه: أن فرضها على الترتيب في الوجوب وعلى التمييز في الاستحباب كالمعسر يكفر بالصوم من عدم الرقبة وله الخيار في التكفير بالعتق إذا استحب التغليظ ولا يكون في ذلك إحالة فرضها من الترتيب إلى التخيير.

والسؤال الثالث: أن المعتدة بالشهور إذا حاضت في تضاعيف شهورها انتقلت إلى الأقراء واعتدت بالحيض وبطلت شهورها كذلك المكفر بالصوم إذا وجد الرقبة.

والجواب عنه: أن المعتدة وإن انتقلت برؤية الحيض إلى الاعتداد بالأقراء ففيها قولان:

أحدهما: أنها تعتد بما مضى من شهورها قرءاً ثم تكمل أقراءها بالحيض والطهر فعلى هذا يكون الفرق بين العدة والكفارة أنه قد يقع الاعتداد بما مضى من الشهور فجاز أن يلزم الانتقال إلى الأقراء وليس يقع الاعتداء بما مضى من الصوم فلم يلزم الانتقال إلى العتق لئلا يصير جامعاً في التكفير بين الصوم والعتق.

والقول الثاني: أنها لا تعتد بما مضى من شهورها فعلى هذا يكون الفرق بين العدة والكفارة أن دخولها في العدة على شك من فرضها لجواز انتقالها من الشهور إلى الحيض ومن الحيض إلى الحمل والدخول في الكفارة على يقين من الفرض فيه.

والسؤال الرابع: أن الأمة إذا أعتقت في العدة لزمتها عدة حرة كذلك المكفر إذا أيسر.

والجواب عنه: أن في عدتها بعد العتق قولين:

أحدهما: أنها تعتد عدة أمة اعتباراً بالابتداء فعلى هذا يسقط السؤال.

والقول الثاني: تبني على عدة حرة اعتباراً بالانتهاء فعلى هذا يكون الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: ما قدمناه من أنه يقع الاحتساب بما مضى من العدة ولا يقع الاحتساب بما مضى من الصوم.

والثاني: أن الاعتبار في العدة بالانتهاء لوقوع الشك في الابتداء والاعتبار في الكفارة بالابتداء لانتفاء الشك عنه.

والسؤال الخامس: أن قال في المسافر إذا أحرم بالصلاة ناوياً القصر ثم أقام لزمه أن يتمها صلاة مقيم ولا يبني وهو مقيم على صلاة مسافر وإن كان في أولها مسافراً كذلك المكفر لا يجوز أن يصوم إذا صار موسراً.

والجواب عنه: ما قدمناه في العدة من أنه قد يعتد بما مضى من صلاته قبل إقامته وهو لا يعتد في الكفارة بما مضى من صيامه فافترقا، فإذا ثبت أنه لا يلزمه إذا دخل في الصوم الانتقال إلى العتق إذا قدر عليه هكذا إذا كان من أهل الإطعام لعجزه عن الصيام فشرع فيه فأطعم بعض المساكين أو مسكيناً واحداً ثم قدر على الصيام لم يلزمه الصوم وجاز أن يخرج باقي الإطعام لأنه قدر على المبدل بعد شروعه في البدل والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ السَّاعَةَ عَنْ ظِهَارِي إِنْ تَظَهَّرْتَهُ كَانَ حُرًّا لِسَاعَتِهِ وَلَمْ يُجْزِئْهُ أن يَتَظَهَّرَ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ظِهَاراً وَلَمْ يَكُنْ سَبَباً مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يعتق عليه العبد لأنه قد أنجز عتقه ولا يجزيه عن ظهاره إن تظاهر لوجوب العتق بسببين هما: الظهار والعود فلم يجز تعجيله قبل وجود أحد السببين كما لا يجوز تعجيل الزكاة قبل وجود الحول والنصاب ولا تعجيل الكفارة قبل اليمين والحنث، ولو أعتق بعد الظهار وقبل العود أجزأه العتق إذا عاد لوجود أحد السببين كما يجوز تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب وقبل الحول وتعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث.

فصل: وإذا قالت المرأة لزوجها أنت عليَّ كظهر أمي فمذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة أنها لا تكون مظاهرة ولا تجب عليها كفارة. وقال الحسن البصري وابن أبي ليلى والنخعي يكون ظهاراً تلزمها به كفارة الظهار وقال أبو يوسف تجب عليها كفارة يمين.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ فخاطب الرجال بالظهار في النساء فلم يصح من النساء في الرجال، ولأنه علق الكفارة بالعود والعود يكون من الرجال دون النساء كذلك الظهار.

بَابُ الكَفَّارَةِ بِالطَّعَامِ

مِنْ كِتَابَيْ ظِهَارٍ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِي** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِيمَنْ تَظَهَّرَ وَلَمْ يَجِدْ رَقَبَةً وَلَمْ يَسْتَطِعْ حِينَ يُرِيدُ الكَفَّارَةَ صَوْمَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِمَرَضٍ أَوْ عِلَّةٍ مَا كَانَتْ أَجْزَأَهُ أَنْ يُطْعِمَ».

قال الماوردي: استحقاق الترتيب في كفارة الظهار يمنع من الإطعام إلا بعد العجز عن الصيام قال الله تعالى **﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَن يتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾** وعجزه عن الصيام ضربان:

أحدهما: لا يرجى زواله كالعجز بالهرم فهذا عجز متأبد يجوز معه الإطعام والأولى تقديمه.

والثاني: أن يرجى زواله كالعجز بالمرض فهو في مثل هذا بالخيار بين تعجيل الإطعام اعتباراً بحاله وبين أن ينتظر حال برئه، فربما كفر بالصيام لأنه غير مستحق على الفور.

ثم العجز على ضربين:

أحدهما: أن لا يقدر معه على الصيام بحال.

والثاني: أن تلحقه المشقة الغالبة في صيامه مع قدرته عليه وله في الحالين أن يكفر بالإطعام ولا يراعى عدم القدرة بكل حال وكذلك الفطر في شهر رمضان، فلو كان المظاهر قادراً على صوم أحد الشهرين عاجزاً عن الآخر كان في حكم العاجز عنهما في الانتقال إلى الإطعام لأن تبعيض الصوم في الكفارة لا يجوز وهكذا لو قدر على الصيام ولم يقدر على التتابع فيه كان في حكم العاجز عنه في العدول إلى الإطعام لأنه يعجز عما يجزىء من الصيام.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يُجْزِئُهُ أَقَلُّ مِنْ سِتِّينَ مِسْكِيناً».

قال الماوردي: وهذا صحيح.. الإطعام في كفارة الظهار مقدر من وجهين:

أحدهما: بما يدفع إلى كل مسكين وهو عندنا مد وعند أبي حنيفة مدان والكلام معه يأتي.

والثاني: بمن يدفع إليه من أعداد المساكين وهم عندنا ستون مسكيناً فإن نقص عددهم لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: إن دفع ذلك القدر إلى مسكين واحد في ستين يوماً أجزأه وإن دفعه إليه في يوم واحد لم يجزه استدلالاً بقول الله سبحانه وتعالى ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ وهو في كل يوم مسكين فجاز أن يدفع إليه ما يجب دفعه إلى المساكين. ومن القياس: أنه مسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة فجاز أن يدفع إليه منها كاليوم الأول، ولأن المقصود بالكفارة سد ستين جوعة فاستوى سد ستين جوعة من شخص وسدها من ستين شخصاً لوجود المقصود بها في الحالين، ولأنه لما جاز أن يتكرر المد الواحد بأن يعطيه ثم يشتريه ويقوم مقام ستين مداً جاز أن يتكرر المسكين الواحد بأن يعطيه ثم يعطيه فيقوم مقام ستين مسكيناً.

ودليلنا: قول الله تعالى ﴿فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ فأمر بفعل الإطعام المتعدي إلى المطعوم وقرنه بعدد فلم يجز الاقتصار على بعض العدد كما لم يجز الاقتصار على بعض الطعام ولو أراد بذلك تقدير الطعام دون المطعوم لقال: وطعام ستين مسكيناً على أن في الإطعام تقدير الطعام والمطعوم فكان أولى من حمله على تقدير الطعام دون المطعوم فإن قيل: فمنع الأخذ منه يؤدي إلى تعيين المساكين وهم غير معينين قلنا: إنما يعين في المنع دون الدفع وذلك جائز كما يتعين منعه في اليوم الواحد ولا تؤدي إلى تعيين المساكين كذلك في الأيام المختلفة، ولأن رسول الله ﷺ قد أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بإطعام ستين مسكيناً مداً مداً فكان الاقتصار على أحدهم خلافاً لأمره. ومن القياس أنه اقتصر بكفارته على شخص واحد فلم يجزه كما لو دفعه إليه في يوم واحد. فإن قيل: فالمعنى في اليوم الواحد أنه غني عنه وغير محتاج إلى سد جوعته به وليس كذلك في الأيام المختلفة لحاجته إليه في سد جوعته به. قيل: هذا التعليل فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو منع منها في اليوم الواحد لاستغنائه لمنع من غيرها فيه وهو لا يمنع من غيرها فبطل بهذا التعليل.

والثاني: أنه لو منع منها في اليوم الواحد لهذه العلة لجاز إذا سرق منه ما أخذه أن يأخذ منها في بقية يومه لحاجته وهم لا يجوزون ذلك فبطل هذا التعليل.

والثالث: أنه لو استبقى قوت يومه إلى غده جاز له أن يأخذ منها قوت غده وإن كان غنياً عنه بما عنده منها فبطل تعليله.

وقياس ثان: وهو أن كل من لم يكن من أهل هذه الكفارة في يومه لم يكن من أهلها في غده، كالغني.

وقياس ثالث: وهو أن الصفة إذا اشترطت في عدد ولم يجز الإخلال بالصفة لم يجز الإخلال بالعدد كالشهادة يشترط فيها عدالة الشهود والعدد، كذلك الكفارة يشترط فيها عدد ومسكنة.

وقياس رابع: وهو أنه حق وجب صرفه في عدد على صفة فلم يجز الاقتصار على واحد من تلك الصفة كالوصية لعشرة من المساكين لا يجوز الاقتصار بها على أحد المساكين.

ومن الاستدلال أن في الآية شيئين عدد وطعام وتقدير الطعام مستفاد بالاجتهاد لاجتهاد الناس فيه وعدد المساكين مستفاد بالنص للإجماع عليه فلما لم يجز ترك ما استفيد بالاجتهاد من تقدير الطعام فأولى أن لا يجوز ترك ما استفيد بالنص من عدد المساكين.

واستدلال ثان: وهو أن النص الوارد في العدد المأمور به ستون فنحن جعلناه عدد الستين مسكيناً وهو منصوص وأبو حنيفة جعله عدد الستين يوماً وهو غير منصوص، ثم لو استويا في الاحتمال كان ما قاله فاسداً للاعتلال لأنه لو أطعم ستين مسكيناً في يوم واحد أجزأه عنه وعندنا مع فقد اعتلاله ووجود علتنا. فأما الجواب عن استدلالهم من الآية بانطلاق اسم المسكنة عليه فهو أن علة المنع أخذه من الكفارة لا زوال المسكنة اعتباراً باليوم الواحد.

وأما الجواب عن قياسهم بأنه مسكين لم يستوف قوت يومه كاليوم الأول فهو أن نقلب العلة عليه فنقول لأنه مسكين استوفى قوت يومه من كفارة فلم يجز أن يأخذ منها ثانية كاليوم الأول وتكون هذه العلة أولى لأنها أقل أوصافاً من تلك بوصف لأنهم قالوا: لم يستوف قوت يومه ونحن قلنا: استوفى قوت يومه فأثبتوا الإضافة التي أسقطناها وهي زيادة وصف وإذ تعارضت العلتان وقلت أوصاف إحداهما كانت أولى، ثم المعنى في أصل علتهم أنه لم يستوف قوت يومه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المقصود من الكفارة سد ستين جوعة فهو أنه كذلك لكن من ستين مسكيناً لأن المسكين الواحد لو أخذ جميعها في يوم واحد وسد بها جوعته في ستين يوماً لم يجزه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما جاز أن يتكرر السد الواحد جاز أن يتكرر المسكين الواحد فمن وجهين:

أحدهما: أن في تكرار المد استيفاء العدد فجاز وليس في تكرار المسكين استيفاء العدد فلم يجز.

والثاني: أنه لما جاز تكرار المد في اليوم الواحد جاز في الأيام كلها ولما لم يجز تكرار المسكين في اليوم الواحد لم يجز في الأيام كلها. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كُلُّ مِسْكِينٍ مُدًّا مِنْ طَعَامِ بَلَدِهِ الَّذِي يَقْتَاتُ حِنْطَةً أَوْ شَعِيراً أَوْ أُرْزاً أَوْ سَلْتاً أَوْ تَمْراً أَوْ زَبِيباً أَوْ أَقْطاً».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في قدر ما يعطي كل مسكين في كفارة الظهار وغيرها فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنه يعطى مداً واحداً بمد النبي ﷺ وهو رطل وثلث من جميع الأقوات من بر وشعير وتمر وزبيب في جميع الكفارات من الظهار والقتل إذا قيل بدخول الإطعام فيه على أحد القولين والوطء في شهر رمضان والأيمان إلا في كفارة الأذى وحدها في الحج فإن لكل مسكين مدين وهو قول ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبي هريرة وجمهور الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: جميع الكفارات سواء ويختلف المقدار باختلاف الأقوات، فإن كان براً أعطى كل مسكين نصف صاع قدره أربعة أرطال وإن كان شعيراً أو تمراً أعطاه صاعاً قدره ثمانية أرطال، وعنه في الزبيب روايتان:

أحدهما: نصف صاع كالبر، والآخر صاعاً كالشعير والتمر.

وقال مالك: كل الأقوات سواء ويختلف المقدار باختلاف الكفارات فيعطى فيما سوى كفارة الظهار من سائر الكفارات مداً بمد النبي ﷺ كما ذكرناه ويعطى في كفارة الظهار مداً بمد هشام وهو الحجاجي وقدره مد وثلثاً بمد النبي ﷺ.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة بحديث سلمة بن صخر قال: تظاهرت من امرأتي فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال: «أعتق رقبة» قلت: لا أجد فقال: «صم شهرين متتابعين» قلت: لا أستطيع فقال: «أطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر» قال: لا أملك فقال: اذهب إلى صدقة بني زريق فخذها وأطعم منها ستين مسكيناً وسقاً من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها. قالوا فقد أمره أن يطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، والوسَق ستون صاعاً فدل على أن لكل مسكين صاعاً. قالوا: ولأنه تكفير بإطعام فلم يجز فيه المد كالكفارة في الأذى.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ فاقتضى الظاهر ما يطلق عليه اسم الإطعام من قليل أو كثير إلا ما خصه الإجماع وهو ما نقص عن المد.

وحديث أوس بن الصامت قال: تظاهرت من امرأتي فأتيت النبي ﷺ: فذكرت ذلك له فقال: «أعتق رقبة» قلت: لا أجد فقال: «صم شهرين متتابعين» فقلت: لا أستطيع

فقال: «أطعم ستين مسكيناً» فقلت: لا أملك قال: فأعطاني خمسة عشر صاعاً من شعير وقال: «أطعمه ستين مسكيناً» فدل هذا الحديث على أن لكل مسكين مداً واحداً لأن الخمسة عشر صاعاً ستون مداً، ودل على أن الشعير والبر سواء لأن أقل من مد بر لا يجزىء فإن قيل: إنما عانه بهذا القدر ليتمم باقيه من عنده. قيل: هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه أخبره أنه لا يملك شيئاً.

والثاني: أنه قال أطعمه ستين مسكيناً.

وروى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ يضرب نحره وينتف شعره ويقول: هلكت وأهلكت فقال له رسول الله ﷺ «ما الذي أهلكك» قال: وقعت على امرأتي في شهر رمضان فقال: «أعتق رقبة» فقال: لا أجد فقال: «صم شهرين متتابعين» فقال: لا أستطيع فقال: «أطعم ستين مسكيناً» فقال: لا أملك فأتي رسول الله ﷺ بعرق من تمر فقال: «خذه فأطعمه ستين مسكيناً» فقال: والله ما بين لابتيها أحوج إليه مني، فقال: «كله أنت وأهلك».

قال سعيد بن المسيب: والعرق ما بين خمسة عشر صاعاً إلى عشرين صاعاً فدل على أنه لا يستحق المسكين صاعاً ولا نصفه، والعرق كالزنبيل من خوص ليس له عرى.

وروي عن ابن عباس أنه قال: لكل مسكين مد من حنطة وبغير إدامه، ووافقه من ذكرنا من الصحابة فكان إجماعاً.

ومن القياس: أنه تكفير بإطعام فلم يتقدر حق المسكين بصاع، كالبر، ولأنه حب مخرج في حق الله تعالى فاستوى في قدره البر والشعير كالزكاة، ولأن ما تقدرت به النفقة جاز أن تتقدر به الكفارة كالدين.

ومن الاستدلال أن الله تعالى جعل إطعام ستين مسكيناً بدلاً من صيام ستين يوماً فجعل ما يخرجه من الإطعام في مقابلة ما كان يعانيه وينزفه في الصيام والذي كان يعانيه جوعه في صيامه في نهاره ترفَّه فيها بغدائه فلزم أن يسد جوعة المسكين بمثله والغداء الذي يسد الجوعة في الأغلب مد فاقتضى أن يكون هذا القدر المدفوع إلى كل مسكين أن هذا القدر الذي كان يترفه به في صيامه وهو القدر الذي يحتاج إليه في إفطاره، فأما الجواب عن حديث سلمة بن صخر فهو أنه قد عارضه حديث أوس بن الصامت فنستعمل الحديثين ونستعمل حديث سلمة بن صخر ودفع الوسق إليه على أن

يدفع منه إلى المساكين القدر الواجب وهو خمسة عشر صاعاً ويأكل الباقي، وحديث أوس على أنه اقتصر به على القدر الواجب على أن الدارقطني قد روى حديث سلمة بن صخر أنه دفع إليه خمسة عشر صاعاً.

أما قياسه على كفارة الأذى فالمعنى فيه أنه لما قل عدد المساكين فيها جاز أن يزيد قدر الطعام فيها ولما كثر عدد المساكين في كفارة الظهار جاز أن يقل قدر الطعام فيها. وأما مالك فالدليل عليه أن التكفير بالإطعام يوجب تقديره بمد النبي ﷺ قياساً على سائر الكفارات.

فصل: فإذا ثبت تقدير الإطعام بمد من جميع الأجناس فهي الأجناس المزكاة من الحبوب والثمار المقتاتة. ولا يجوز أن يخرج من غير المزكاة وإن كل مقتاتاً إلا الأقط ففي جواز إخراجه في زكاة الفطر وفي الكفارات إذا كان قوتاً للمزكي والمكفر قولان مضيا في كتاب الزكاة، وإذا كان كذلك أخرج من أغلبها قوتاً في الكفارة، فأما في زكاة الفطر فعلى قولين مضيا، وإذا وجب أن يخرج من غالب القوت ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر من غالب قوت بلده لأن النفع به أعم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي عبيد بن حربويه من غالب قوت نفسه لأنهما حقان عن مال وبدن فلما كان ما وجب عن المال يخرج من غالب ماله وجب أن يكون ما يخرج عن البدن من غالب قوت بدنه فعلى هذا إن كان غالب القوت شعيراً فأخرج ما هو أغلى منه كالتمر والبر أجزأه، فإن كان غالبه براً فأخرج ما هو دون منه كالشعير ففي إجزائه وجهان أصحهما لا يجزىء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يُجْزِئُهُ أَنْ يُعْطِيَهُمْ جُمْلَةَ سِتِّينَ مُدًّا أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّ أَخْذَهُمُ الطَّعَامَ يَخْتَلِفُ فَلَا أَدْرِي لَعَلَّ أَحَدَهُمْ يَأْخُذُ أَقَلَّ وَغَيْرُهُ أَكْثَرَ مَعَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ إِنَّمَا سَنَ مَكِيلَةَ طَعَامٍ فِي كُلِّ مَا أَمَرَ بِهِ مِنْ كَفَّارَةٍ».

قال الماوردي: ودفع ذلك إليهم حمل على ضربين:

أحدهما: أن يعطيهم ولا يملكهم إياه بالسوية ويقول: خذوه أو كلوه فلا يجزئه لا يختلف لأنه إن قال خذوه فقد يأخذ بعضهم أكثر من مد فلا تحتسب الزيادة ويأخذ بعضهم أقل من مد فلا يجزيه النقصان، وإن قال: كلوه فما ملكهم وإنما أباحهم والتكفير يوجب تمليك الفقراء.

والضرب الثاني: أن يملكهم ذلك ويسوي بينهم فيه فيدفع إلى ستين مسكيناً ستين مداً ويقول: قد ملكتكم هذا بينكم بالتسوية فاقتسموه إن شئتم ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبي إسحاق المروزي أنه يجزئه، لأن التمليك قد حصل والتسوية بينهم قد وجدت ولم يبق إلا القسمة وليس عليه أن يتكلفها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري لا يجزيه حتى يفرد كل واحد منهم بقدر حقه وهو مد؛ لأنه مع الإشاعة لا يقدر على التصرف ويحتاج إلى مؤنة القسمة التي ليس عليه أن يتكلفها كما لا يجوز أن يعطيهم رطباً لما يلزمهم من مؤنة تجفيفه ولا سُنبلاً لما يلزمهم من مؤنة دياسته وتصفيته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُجْزِئُهُ أَنْ يُعْطِيَهُمْ دَقِيقاً وَلاَ سَوِيقاً وَلاَ خُبْزاً حَتَّى يُعْطِيهُمُوهُ حَبّاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ نص على الحبوب فلا يجزيه غيرهما.

والثاني: أن الحب أكثر منفعة لأنه يمكن إدخاره وزرعه واقتناؤه، فإذا صار دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً نقصت منافعه وإخراج الناقص في موضع الكامل غير مجزىء.

وقال أبو القاسم الأنماطي يجوز إخراج الخبز لأنه مهيأ للاقتيات مستغن عن مؤونة وعمل وهذا فاسد لأن الاقتيات أحد منافعه وإذا كمل اقتياته بالخبز فقد فوت كثيراً من منافعه التي ربما كانت الحاجة إليها أدعى والنفس إليها أشهى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ مِنْهُمْ الصَّغِيْرُ وَالكَبِيرُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم الآية وأن الصغير ربما كان أمس حاجة، ولأن الإطعام في مقابلة العتق الذي يستوي فيه عتق الصغير والكبير وكذلك الإطعام يستوي فيه الصغير والكبير إلا أن الصغير لا يصح منه قبض ما يعطي حتى يقبضه وليه من المكفر أو من الصبي بعد دفعه إليه فيجزىء، فإن أكله الصبي أو أتلفه قبل وصوله إلى وليه لم يجزه وكذلك المجنون.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. ولا يجوز أن يدفع كفارته أو زكاته إلى أحد تجب عليه نفقته من والديه ومن مولوده. فالوالدون هم الأباء والأمهات والأجداد والجدات ونفقاتهم تجب عليه بشرطين الفقر والزمانة. والمولودون: هم البنون والبنات وبنو البنين وبنو البنات ونفقاتهم تجب بشرطين الفقر والصغر أو الزمانة مع الكبر، فإذا وجبت نفقاتهم بما ذكرنا كان ما دفعه إليهم من زكاة أو كفارة غير مجزىء لأمرين:

أحدهما: أنهم به أغنياء والزكاة والكفارة لا يدفعان إلى غني.

والثاني: أنه يعود عليه نفع ما دفع لأنه تسقط عنه نفقاتهم بها فصار كأنه صرفها إلى نفسه فلم تجزه. وكذلك لا يجوز أن يدفع ذلك إلى زوجته لما ذكرنا من المعنيين لكن يجوز للمرأة أن تدفع ذلك إلى زوجها لعدم المعنيين فيه أنه لا يكون بها غنياً ولا يلزمها نفقته ولأنه لا يسقط بها عنها شيئاً كان يلزمها.

فإن قيل: فهو ذا يعود نفعه إليها لأنه يجوز أن ينفقه عليها.

قيل: ليس يجب لها بذلك حق لم يكن لأنه إن كان فقيراً فليس يصير بما أخذه منها غنياً فليس يجب لها في الحالين إلا نفقة معسر، وعوده إليها إن أنفقه عليها بمعنى يعود إلى اختياره فصار كعوده بهبة أو ميراث. فإن كان الوالدون والمولودون فقراء غير زمناء فالصحيح من مذهبه الجديد وأحد قوليه في القديم أن نفقاتهم لا تجب فيجوز دفع الكفارة والزكاة إليهم. وإن قيل بالقول الثاني من القديم أن نفقاتهم تجب بالفقر وحده لم يجز دفعها إليهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا عَبْداً وَلَا مُكَاتَباً».

قال الماوردي: لا يجوز دفع الكفارة ولا الزكاة إلى عبد غيره ولا إلى عبد نفسه لمعنيين:

أحدهما: أن العبد لا يملك فصار ذلك دفعاً إلى سيده.

والثاني: أنه غني عنها بوجوب نفقته على سيده، وأما المكاتب فلا يجوز دفع الكفارة إليه لأنه إن كان ذا مال فهو غني بماله وإن كان غير ذي مال فيقدر على تعجيز نفسه فيصير غنياً بسيده ويجوز أن يدفع إليه من الزكاة، والفرق بينهما أنه يجوز أن يدفع من الزكاة إلى الأغنياء وهم المؤلفة قلوبهم والعاملون [عليها] وأحد صنفي الغارمين وفي سبيل الله فجاز أن يدفع منها إلى المكاتب، ولا يجوز أن يدفع من الكفارة إلى غني فلم يجز أن يدفع منها إلى المكاتب، وحكم المدبر وأم الولد كحكم العبد والأمة في أن لا يجوز دفع الزكاة والكفارة إليهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا أَحَداً عَلَى غَيْرِ دِينِ الإِسْلَامِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. في الكفارات والزكوات أنه لا يجوز دفعها إلى كافر سواء كان حربياً أو ذمياً واختار أبو حنيفة دفع الكفارة وزكاة الفطر إلى الذمي دون الحربي ومنع من دفع زكاة الأموال إلا لمسلم، وقد مضت هذه المسألة في قسم الصدقات.

ومن الدليل عليه: أنه حق مخرج باسم التكفير فلم يجز وضعه في الكفار كالعتق في كفارة الظهار والقتل، ولأن كل من لم يجز دفع زكاة المال إليه لم يجز دفع الكفارة إليه كالحربي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «(وقال) فِي القَدِيْمِ لَوْ عَلِمَ بَعْدَ إِعْطَائِهِ أَنَّهُ غَنِيٌّ أَجْزَأَهُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَنَّهُ لاَ يُجْزِئُهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا أَقْيَسُ لأَنَّهُ أَعْطَى مَنْ لَمْ يَفْرِضْهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ بَلْ حَرَّمَهُ عَلَيْهِ وَالخَطَأُ عِنْدَهُ فِي الأَمْوَالِ فِي حُكْمِ العَمْدِ إلاَّ فِي المَأْثَمِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت في قسم الصدقات، وذكرنا أنه إذا أعطى من الزكوات أو الكفارة من ظن أنه مستحقاً فبان غير مستحق، فإن خرج من أهل الاستحقاق بكونه عبداً أو كافراً لم يجزه لأن الرق والكفر أمارة ظاهرة قلّ ما يخفيان معها فإن الخطأ فيها لتقصير منه في الاستدلال عليها، وإن خرج من أهل الاستحقاق لكونه غنياً، فإن لم يجتهد فيه عند الدفع إليه لم يجزه لتقصيره، وإن اجتهد ففي إجزائه قولان:

أحدهما: قاله في القديم وبه قال مالك وأبو حنيفة يجزئه؛ لأنه يجوز أن يعمل على اجتهاده فلم يلزمه الإعادة مع وجود الاجتهاد ولأن النبي ﷺ قال للرجلين اللذين وقفا عليه وسألاه من مال الصدقة: «إن شئتما فلا حظ فيها لغني ولا لذي مرة سوي» ثم أعطاهما رجوعاً إلى قولهما وعملاً على الظاهر من أحوالهما.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أنه لا يجزئه؛ لأن الخطأ في المستحق يمنع من الإجزاء كما لو بان عبداً أو كافراً، ولأن الخطأ في دفع الحقوق إلى غير مستحقها لا يقتضي البراءة منها كالودائع إذا دفعت إلى غير أربابها والديون إذا أديت إلى غير أصحابها، ومثل هذين القولين في هذه المسألة المجتهد في القبلة إذا تيقن الخطأ، والمتيمم إذا وجد الماء في رحله، والمصلى إذا علم أنه كان في ثوبه نجاسة أو نسي قرأة الفاتحة ومن اشتبهت عليه الشهور في رمضان فبان أنه صام شعبان ففي هذه المسائل كلها قولان كدفع الكفارة إلى من بان أنه غني.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيُكَفِّرُ بِالطَّعَامِ قَبْلَ المَسِيس لأَنَّهَا فِي مَعْنَى الكَفَّارَة قَبْلَهَا، وَلَوْ أَعْطَى مِسْكِيناً مُدَّيْنِ مُدًّا عَنْ ظِهَارِهِ وَمُدًّا عَنِ اليَمِينِ أَجْزَأَهُ لأَنَّهُمَا كَفَّارَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ».

قال الماوردي: أما تحريم المسيس قبل التكفير بالعتق والصيام فمما أجابه النص وأجمع عليه الفقهاء قال الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٣، ٤] وأما تحريم المسيس قبل الإطعام فقد جوزه مالك وسفيان الثوري لأن الله تعالى قيد العتق والصيام بتحريم المسيس قبلهما فبقيا على تقييدهما وأطلق الإطعام ولم يقيده بتحريم المسيس قبله فحمل على إطلاقه. وذهب الشافعي إلى أن المسيس قبل الإطعام يحرم كتحريمه قبل العتق والصيام لأن ذلك كله تكفير عن ظهاره لأن المطلق محمول على المقيد من جنسه كالشهادة، ولأنه لما وجب حمل المطلق على مقيد واحد كان حمله على مقيدين أولى لأنهما أوكد، ولأنه لما لزم لتغليظ حال الظهار أن يكفر قبل وجود المسيس في التكفير بالصيام وهو أطول وزمانه أضر كان تأخيره عن التكفير بالإطعام مع قربه أحق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُكَفِّرَ إِلاَّ كَفَّارَةً كَامِلَةً مِنْ أَيِّ الكَفَّارَاتِ كَفَّرَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يجوز أن يبعض كفارة الظهار ولا غيرها من الكفارات فيعتق بعض رقبة ويتمها ببعض الصوم أو يصوم بعض الصيام ويتم بالإطعام حتى يكملها من أحد الأجناس، فإن كان من أهل العتق كمل عتق رقبة وإن كان من أهل الصيام كمل صوم شهرين وإن كان من أهل الإطعام كمل إطعام ستين مسكيناً لأن الله تعالى رتب كفارة الظهار في ثلاثة أجناس وخير في كفارة اليمين بين ثلاثة أجناس فلا يجوز أن يحصل الترتيب بين أكثر من الأجناس الثلاثة ولا التخيير بين أكثر من أجناس ثلاثة ولأنه يصير بتبعيض الأجناس أو تفريقها جامعاً بين البدل والمبدل والإضرار يمنع من الجمع بينهما.

فإن قيل: أو لستم تقولون فيمن وجد من الماء ما يكفيه أنه يستعمله ويتيمم لباقيه وهو جمع بين البدل والمبدل. قيل: الفرق بينهما من وجهين: ظاهر ومعنى أما الظاهر فلأنه في الكفارة قال ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ إلى أن قال ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٣، ٤] فجعل الصيام بدلاً من جميع الرقبة الكاملة التي كانت فرضه في التكفير وقال في التيمم ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [المائدة: ٦] فذكر ماء منكراً فصار فرضه أي ما وجده.

وأما المعنى فهو أن التيمم قد ينوب تارة عن طهارة بعضه في الحدث ولا تماثل

الطهارة في البعض عتق البعض وصوم البعض فجاز في الواجد لبعض الماء أن ينوب عن باقيه وصح الجمع بينهما وليس كذلك صوم الكفارة لأنه لا ينوب عن بعض العتق، فلم يجز الجمع بينهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ الكَفَّارَاتِ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لاَ تَخْتَلِفُ وَفِي فَرْضِ اللَّهِ عَلَى لِسَانِ رَسُول اللَّهِ ﷺ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ وَكَيْفَ يَكُونَ بِمُدِّ مَنْ لَمْ يُولَدْ فِي عَهْدِهِ أَوْ مُدٍّ أُحْدِثَ بَعْدَهُ وَإِنَّمَا قُلْتُ مُدًّا لِكُلِّ مِسْكِينٍ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ فِي المُكَفِّرِ فِي رَمَضَانِ فَإِنَّهُ آتَى ﷺ بِعِرْقٍ فِيهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً فَقَالَ لِلْمُكَفِّرِ كَفِّرْ بِهِ وَقَدْ أَعْلَمَهُ أَنَّ عَلَيْهِ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِيناً فَهَذَا مَدْخَلُهُ وَكَانَتِ الكَفَّارَةُ بِالكَفَّارَةِ أَشْبَهُ فِي القِيَاسِ مِنْ أَنْ نَقِيسَهَا عَلَى فِدْيَةٍ فِي الحَجِّ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ المُدُّ رَطْلاَنِ بِالحِجَازِيِّ وَقَدِ احْتَجَجْنَا فِيهِ مَعَ أَنَّ الآثَارَ عَلَى مَا قُلْنَا فِيهِ وَأَمْرُ النَّاسِ بِدَارِ الْهِجْرَةِ وَمَا يَنْبَغِي لأَحَدٍ أَنْ يَكُونَ أَعْلَمَ بِهَذَا مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ وَقَالُوا أَيْضاً لَوْ أَعْطَى مِسْكِيناً وَاحِداً طَعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً فِي سِتِّينَ يَوْماً أَجْزَأَهُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: لَئِنْ أَجْزَأَهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَهُوَ وَاحِدٌ لِيُجْزِئَهُ فِي مَقَامٍ وَاحِدٍ فَقِيلَ لَهُ أَرَأَيْتُ لَوْ قَالَ قَائِلٌ قَالَ اللَّهُ **﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنكُمْ﴾** شَرْطَانِ عَدَدٌ وَشَهَادَةٌ فَأَنَا أُجِيزُ الشَّهَادَةَ دُونَ العَدَدِ فَإِنْ شَهِدَ اليَوْمَ شَاهِدٌ ثُمَّ عَادَ لِشَهَادَتِهِ فَهِيَ شَهَادَتَانِ فَإِنْ قَالَ لاَ حَتَّى يَكُونَا شَاهِدَيْنِ فَكَذَلِكَ لاَ حَتَّى يَكُونُوا سِتِّينَ مِسْكِيناً وَقَالَ أَيْضاً لَوْ أَطْعَمَهُ أَهْلَ الذِّمَّةِ أَجْزَأَهُ فَإِنْ أَجْزَأَ فِي غَيْرِ المُسْلِمِينَ وَقَدْ أَوْصَى اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِالأَسِيرِ فَلِمَ لاَ يُجْزِىءُ أَسِيرُ المُسْلِمِينَ الحَرْبِيُّ والمُسْتَأْمَنُونَ إِلَيْهِمْ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أعداد الأمداد وإن لكل مسكين مداً واحداً في جميع الكفارات إلا فدية الأذى فإن لكل مسكين مدين، فأما مقدار المد وهو مد النبي ﷺ وقدره رطل وثلث بالعراقي في جميع الكفارات. وقال مالك جميع الكفارات بمد النبي ﷺ إلا كفارة الظهار فإنها بالمد الحجاجي وأصل هذا صاع الزكاة وقد مضى في كتاب الزكاة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لَوْ غَدَّاهُمْ أَوْ عَشَّاهُمْ وَإِنْ تَفَاوَتَ أَكْلُهُمْ فَأَشْبَعَهُمْ أَجْزَأَ».

قال الماوردي: يعني بهذا أبا حنيفة وأصحابه قالوا أنه لو غدى المساكين وعشاهم أجزأه وإن لم يجزه عند الشافعي. قالوا: لأن المقصود بالإطعام سد الجوعة

وإصلاح الخلة وهذا موجود في الإطعام بالغداء والعشاء كوجوده بالعطاء. ودليلنا هو أن كل ما وجب صرفه في المساكين لزم فيه العطاء والتمليك كالكسوة ولأنه قوت وَجَب صرفه إلى المساكين فوجب أن يراعى فيه التمليك كالزكاة، ولأن استهلاك الطعام كان على ملكه فلم يجزه عن كفارته أصلاً إذا أباح المساكين إطعامهم، ولأن النية في الكفارة مستحقة عند إخراجها عن ملكه ونية الكفارة عند الغداء والعشاء متعذرة لأنه إن نوى عند التقديم كانت نية قبل الإخراج وإن نوى عند الأكل كانت نية بعد الاستهلاك وإن نوى مع كل لقمة شق، ولأن التمليك أعم منفعة من الأكل لأنه يقدر على إدخاله على بيعه وعلى أكله فلم يجز أن يسقط حقهم من عموم المنافع بأخذها وفي هذا انفصال عن الاستدلال.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَعْطَاهُمْ قِيمَةَ الطَّعَامِ عَرضاً أَجْزَأَ فَإِنَّهُ أَتْرَكَ مَا نَصَّتِ السُّنَّةِ مِنَ المَكِيلَةِ فَأَطْعَمَ سِتِّينَ صَبِيًّا أَوْ رِجَالاً مَرْضَى أَوْ مَنْ لاَ يُشْبِعُهُمْ إِلاَّ أَضْعَافَ الكَفَّارَةِ فَمَا يَقُولُ إِذَا أُعْطِي عَرَضاً مَكَانَ المَكِيلَةِ لَوْ كَانَ مُوسِراً يَعْتِقُ رَقَبَةً فَتَصَدَّقَ بِقِيمَتِهَا فَإِنْ أَجَازَ هَذَا فَقَدْ أَجَازَ الإِطْعَامَ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الرَّقَبَةِ وَإِنْ زَعَمَ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ رَقَبَةٌ فَلِمَ جَوَّزَ العَرَضَ وَإِنَّمَا السُّنَّةُ مَكِيلَةُ طَعَامٍ مَعْرُوفَةٌ وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ هَذَا أَنْ يُحِيلَ الصَّوْمَ وَهُوَ مُطِيقٌ لَهُ إِلَى الضِّدِّ».

قال الماوردي: وهذا قاله احتجاجاً في جواز إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات وقد تقدم الكلام معه في المنع من إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات.

ومن القياس في غير المسألة أنه أحلها يكفر بها ولم يجز إخراج القيمة في العتق.

فإن قالوا: والمعنى في العتق أنه مستحق للعبد وليس في العتق أنه يستحق العبد، فإذا أخرج قيمته صارت مصروفة في غير مستحقه وليس كذلك قيمة الطعام والكسوة لأنه انصرف في مستحق الطعام والكسوة. قلنا: لا فرق بين أن يدفع إلى المستحق غيره وبين أن يدفع الحق إلى غير مستحقه في أنه يصرف الحق إلى غير مستحقه ألا ترى أنه لا يجوز في حقوق الآدميين أن يدفع إلى صاحب الحق قيمته بدل حقه كما لا يجوز أن يدفعه إلى غيره. فإن قالوا: أوليس القياس يجوز أن يدفع إلى صاحب الحق قيمة حقه عن تراض فكذلك يجوز أن يدفع إلى المساكين قيمة ما يستحقونه عن تراض قيل: لأن حقوق الآدميين تتعين فجاز أن يقع التراضي على القيمة والكفارة مستحقة لغير معين فلم يصح التراضي على القيمة والله أعلم. نجز كتاب الظهار.

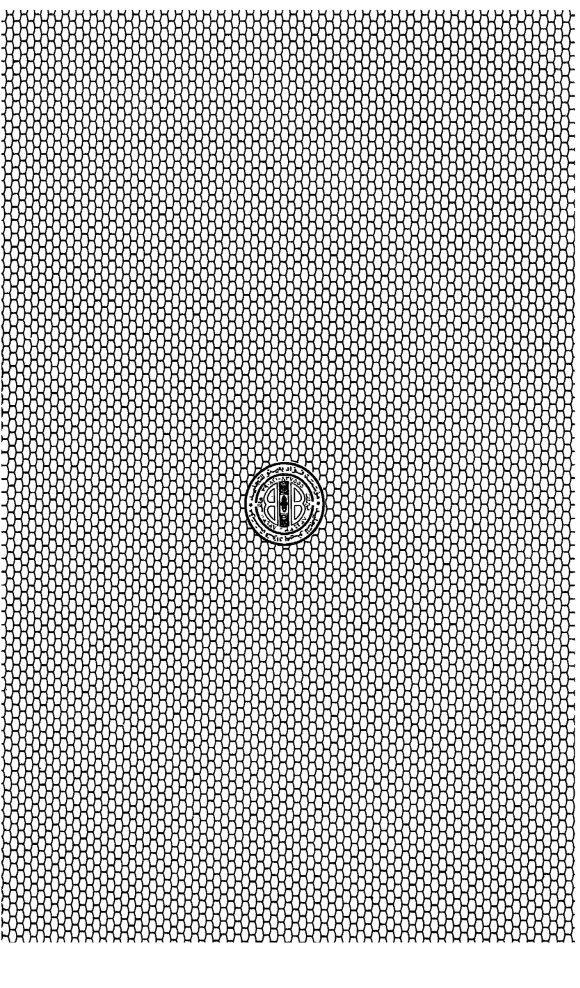
فهرس الجزء العاشر
من
الحاوي في الفقه

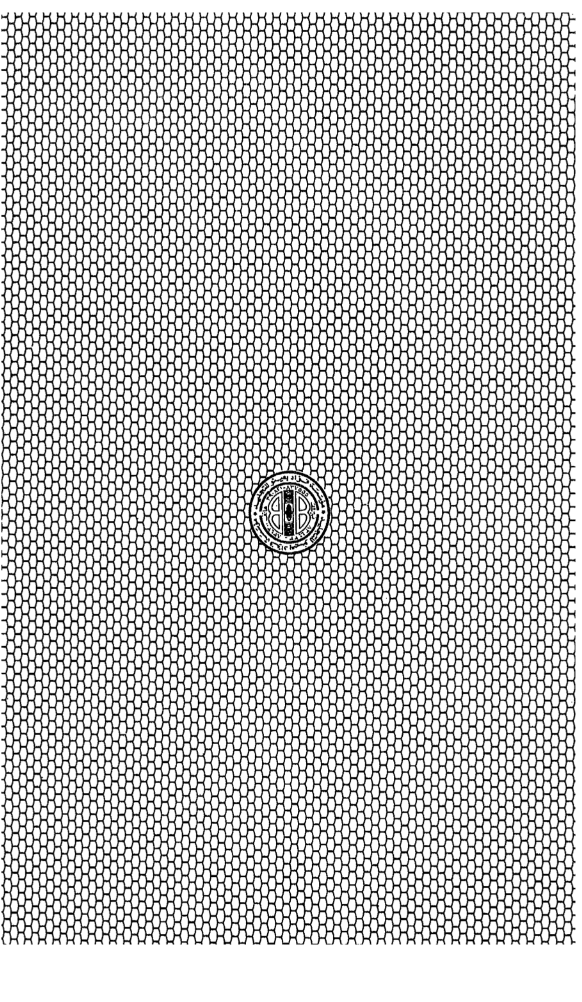
كتاب الخلع

كتاب الطلاق

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار




مؤسسة فؤاد بعينو للتجليد

